الفعالية الدولية
لقبول التحكيم فى منازعات التجارة الدولية

دراسة فى ضوء أهم وأحدث أحكام التحكيم الدولى

تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة - الإلتزام بتعيين المحكمين
إنعدام أثر غياب أحد أطراف التحكيم - إستئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع
تفويض هيئة التحكيم فى إختيار القانون الواجب التطبيق - الفعالية الدولية
لأحكام التحكيم - الأثر الدولى لبطلان حكم التحكيم

الدكتور
صلاح الدين جمال الدين
أستاذ القانون الدولى الخاص المساعد
عضو لجان محكمة لندن للتحكيم الدولى
ومعهد ماكس بلانك للقانون الأجنبى - ألمانيا

الدكتور
محمود مصيلحى
أستاذ القانون الدولى الخاص المساعد
دكتوراه الدولة من جامعة باريس

2004

دار الفكر الجامعى

٣٠ ش سوتير الازاريطة - الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢

مقدمـــة :

تنشـأ الصـفة الدوليـة لـلعلاقات الخاصــة مـن ارتـباط العلاقـة بالنظام القـانونى لاكثر من دولة . ولولا احتياج كل طرف إلى ما لدى الآخـر مـا كـانت لـتوجد مـثل هـذه العلاقـات ، إلا أنـه يحـدث أحيانـا تعـارض بين مصـالح اطـراف العلاقـة ، فينشـأ بينهم نـزاع أو أكثر ، وهنا يكون الأطـراف بالخيار بين الالـتجاء الى القضـاء الوطـنى لأى من الـدول ذات الصـلة بموضـوع النزاع أو الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت بينهم .

ومـن المسـتقر عـليه الآن أن الاتفـاق عـلى الـتحكيم يجـوز أن يكـون سـابقا أو لاحقا على قيام النزاع . وانه يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالـة ترد فى عقد بين اطرافه إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الاحالـة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد[١] .

كما أنه قد استقر اعتبار شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقـد، وأنـه لا يـترتب عـلى بطـلان العقـد أو فسـخه أو انهائـه أى اثر علـى شـــرط الـتحكيم الذى يتضـمنه إذا كـان هـذا الشـرط صـحيحاً فى ذاته[٢] .

فـإذا وجـد اتفـاق بيـن اطـراف العلاقـة الخاصــة الدوليـة عـلى الالـتجاء إلى الـتحكيم ترتـبت عـلى ذلـك مجموعـتين من الآثـار تظهـر الأولى أثـناء تـنفيذ شـرط الـتحكيم وتظهـر الـثانية بعـد صـدور حكـم التحكيم .

---

(١) أنظـر فى هـذه القـاعدة فى المـادة ٣/١٠ مـن قـانون الـتحكيم المصـرى اخذ المشـرع المصـرى بهذه القاعدة فى المادة ٣/١٠ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

(٢) أنظر المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

وسوف نقتصر هنا على عرض أهم هذه الآثار على النحو التالى :

القسم الأول : آثار قبول التحكيم أثناء نظر النزاع .

القسم الثانى: آثار قبــول التحكيم بعد صدور حكم التحكيم والفعالية الدولية للقضاء ببطلان أحكام التحكيم.

القسم الأول

آثار قبول شرط التحكيم أثناء نظر النزاع

فى اطار المحاولات الدائمة للدول الغربية والشركات العمالقة نحو عولمة التحكيم وتدويل منازعات الاستثمار تتنوع آثار قبول شرط التحكيم ويتسع نطاقها يوما بعد يوم من أجل زيادة فعالية الأحكام التى تصدرها محاكم التحكيم . بل أن هناك تنافس واضح بين التشريعات الوطنية لدعم هذا الاتجاه وتشجيع اللجوء للتحكيم وتقليص دور المحاكم الوطنية فى نظر منازعات التجارة الدولية بهدف بث الثقة فى مناخ الاستثمار وجذب رؤوس الأموال الأجنبية اللازمة لها لدفع عجلة التنمية.

ومن أهم هذه الآثار: أنه يتعذر على الأطراف الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة ، ويقع على عاتقهم التزام باختيار المحكمين، دون أن يكون لغيابهم أى أثر عند نظر النزاع ، واذا ما نظر النزاع أمام هيئة التحكيم فان قبولهم اللجوء للتحكيم يتضمن تفويضا المحكمة فى أن تختار القانون الواجب التطبيق فى حالة عدم وجود اختيار صريح من جانبهم ، وتلك هى المسائل التى سنعرض لها تفصيلا فى ضوء أهم الأحكام الحديثة التى صدرت عن محاكم التحكيم المعروفة فيمايلى:

الفصل الأول : آثار قبول شرط التحكيم فى مرحلة ما قبل نظر النزاع.

الفصل الثانى : تفويض هيئة التحكيم فى اختيار القانون الواجب التطبيق.

الفصل الأول

آثار قبول شرط التحكيم فى مرحلة ما قبل نظر النزاع

تتنوع آثار قبول شرط التحكيم فى هذه المرحلة ونرى أن نتناولها فيمايلى :

المبحث الأول : تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة.

المبحث الثانى : الالتزام بتعيين المحكمين .

المبحث الثالث: انعدام اثر غياب احد أطراف التحكيم .

المبحث الرابع: استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع.

المبحث الأول

تعذر الرجوع عن قبول التحكيم بالإرادة المنفردة

اذا كان الالتجاء الى إحدى هيئات التحكيم لا يتم صحيحا إلا بالاتفاق الكتابى الصريح الذى تتضمنه مشارطة التحكيم ، فأنه ولضمان جدية الأطراف المتنازعة فى اتخاذ اجراءات إنهاء المشكلة المعروضة على هيئة التحكيم ، وبعبارة أخرى ضمان فعالية نظام التحكيم ، كان من اللازم وضع قيود على إرادة أطراف مشارطة التحكيم فيما يتعلق بالانسحاب من المشارطة بعد أن يتم الاتفاق عليها.

ويمكن أن نجد مثالا واضحا لتقييد إرادة أطراف العلاقة فى المادة ٢٥ من اتفاقية البنك الدولى للإنشاء والتعمير المنشأة للمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار سنة ١٩٦٥ [1].

---

[1] انظر المادة ١/٢٥ التى حددت نطاق اختصاص المركز بتسوية المنازعات القانونية التى تنشأ عن اتفاقات وعقود الاستثمار بين الدول أو الهيئات التابعة لها وبين مواطنى الدول الأخرى الأعضاء فى الاتفاقية.

فقد حرص واضعوا الاتفاقية على النص صراحة على عدم جواز إنهاء اجراءات التسوية بالارادة المنفردة لأى من أطراف النزاع[١] أيا كانت طبيعة الاشخاص الأطراف فى العلاقة .

بمعنى أنه لو أتفق أطراف عقد الاستثمار صراحة على انعقاد الاختصاص بمنازعاتهم لهيئة تحكيم أو توفيق تشكل وفقا لقواعد نظام التحكيم والتوفيق بالمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار فأنه لا يحق لأى منهم أن يتراجع عن هذا القبول بالانسحاب من الإجراءات التى تتخذ أمام هيئة التحكيم أو التوفيق التى يشكلها المركز أو يعلن أنه لا يخضع لمثل هذه الاجراءات .

اذ بمجرد قبول اختصاص هيئة التحكيم ، فإن اجراءات التحكيم لا تنتهى الا باحد الطريقين :

- بصدور حكم حاسم للنزاع ومنهى للخصومة .
- أو باتفاق كل الأطراف على إنهاء الإجراءات قبل صدور الحكم .

وأظهر مثال على ذلك ما حدث فى التحكيم الخاص بهضبة الأهرم S.S.P [٢] والتحكيم بين شركة الكو - مينرال ضد حكومة

---

(١) When the parties Have given their consent, no party may with drawits consent Unilaterally.

(٢) حيث تم تداول النزاع أمام محاكم تحكيم غرفة التجارة الدولية وطعن عليه ثم أعيد تداول القضية أمام محكمة تحكيم الـ ICSID بدأت وقائع هذا النزاع فى عام ١٩٧٤ عندما أتفقت شركة S.S.P التى تنتمى الى هونج كونج مع السلطات المصرية على إنشاء مشروع سياحى متكامل بالقرب من أهرامات الجيزة حيث سحبت الحكومة المصرية موافقتها على المشروع وعرض الأمر على هيئة تحكيم المركز الدولى فى ٢٨/٨/١٩٨٤ حيث انتهت بقرار يفيد عدم استمرار الاجراءات فى ١١/١٢/١٩٩٢ .

W. Laurance Craig: The final chapter in the Pyramids case; Discounting an ICSID Award for Annulment Risk, ICSID Rev. vol. 8., No. 2, 1993. See olso : News from ICSID, No2, at 2/1992 and 10 News from ICSID , No. I. At 2, 1993.

جاميكا [1]حيث كان يثار أمام هيئة التحكيم التى تشكل للفصل فى النزاع تساؤلا عما إذا كان هذا النزاع يدخل فى اختصاص هيئة التحكيم أم لا؟

وما اذا كان لإعلان الحكومة سحبها قبولها لاختصاص المحكمة بالنزاع[٢] من أثر على شرط التحكيم الوارد فى اتفاق الأطراف عند ابرام العقد.

وقد كان رد هيئة التحكيم على هذا التساؤل بأن الدولة المدعى عليها سبق وأن صدقت على اتفاقية إنشاء المركز منذ عام ١٩٦٦ دون أن تبدى أى تحفظ فيما يتعلق باختصاص المركز[٣]. وأنه قد ورد بالعقد المبرم بين الطرفين شرط للتحكيم يشير صراحة الى اختصاص المركز بتسوية ما ينشأ عن العقد من خلافات بينهما .

وأن الاعلان بالتحفظ على اختصاصها الصادر من الحكومة ليس له أى أثر فى هذا الشأن . ولا يترتب عليه الغاء قبول التحكيم لدى المركز، لعدم جواز الغاء القبول باختصاص المركز من جانب واحد فحسب[٤]. ومن ثم كانت تقضى باختصاصها بنظر النزاع.

---

(١) ALCO A Mineral of jamica inc V. Government of Jamica, ICSID cases, 1972-1984, ICSID/ 16 Rev. I., July 1987, P. 4.

(٢) وتتلخص وقائع النزاع فى مخالفة الحكومة لالتزامها العقدى بمنح الشركة تسهلات ضريبية وعدم فرض ضرائب جديدة على نشاطها وذلك بموجب عقد امتياز استغلال مناجم الالومنيوم بين الشركة الأمريكية الجنسية ، والحكومة القائمة فى جاميكا عام ١٩٦٨ حيث فرضت ضرائب جديدة فى مايو ١٩٧٤ وعند لجوء الشركة الى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار أعلنت الحكومة انها تستبعد المنازعات المتعلقة بمصادرها الطبيعية من نطاق ما تقبل عرضه على المركز من منازعات فقضت بحكمها المتقدم .

(٣) تطبيقا لنص المادة ٤٥ من اتفاقية انشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن (CIRDI) سنة ١٩٦٥.

(٤) يلاحظ أن النزاع لم يصدر فيه حكم نهائى حيث اوقفت الاجراءات بناء على تسوية ودية بين الطرفين ضمنت فى الأمر الاجرائى الصادر عن هيئة التحكيم فى ١٩٧٧/٢/٢٧ استثناء للقاعدة رقم ١/٤٣ من قواعد تحكيم المركز .

ولاشك فى أن قاعدة من هذا القبيل تبعث الاحساس بالثقة والطمأنينة فى نفس المستثمرين تجاه نظام التحكيم مما ينعكس بالضرورة على تشجيع الاستثمار الأجنبى فى الدول النامية .

المبحث الثانى

الالتزام بتعيين المحكمين

قد لا يبدى احد أطراف التحكيم رغبته فى التراجع عن قبول شرط التحكيم الا أنه يحاول تأخير الاجراءات بالامتناع عن تعيين المحكم الذى يناط به اختياره ، أو يمتنع عن المساهمة فى تعين رئيس هيئة التحكيم، وتذهب جميع التشريعات الوطنية والاتفاقيات المنظمة لعمل هيئات التحكيم المؤسسى الى وضع حلول تتفادى مثل هذا التعطيل .(١)

فتذهب بعضها من أجل مواجهة ذلك الى تحديد هيئة قضائية او ادارية تتولى مهمة تعيين هذا المحكم بدلا من الطرف الذى تقاعس عن تنفيذ التزامه . ويمكن أن نجد مثالا واضحا لهذه الوسائل فيما نص

وفى التعليق على الحكم بتقرير الاختصاص

G.R. De Laum : ICSID. Arbitration practical considiration, A.J.I.L., July 1984, P. 103.

وكذلك :

John Schmidit : Implication of the directions on jurisication in ALCO A. minerals Jamica Inc., V. Government of jamica., Harv. Int. L. J., Vol. 17., No. I., 1976., P. 90.

والحكم منشور فى :

ICSID cases 1972- 1984, July, 1987, P. 4.

(١) ولمزيد من التفصيل فى تعيين المحكمين وتدخل الأطراف فى عمل المحكمين والتأثير على حياد المحكم . أنظر :

A.A. de FINA : The party Appointed Arbitrator in international Arbitrations- Role and selection; LCIA. Arb. I
Int, Vol. 15, No. 4, 1999, P. 381.

عليه المشرع المصرى بالمادة ١٧ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ التى جاءت على النحو التالى :

"١ - لطرفى التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفق أتبع مايأتى :-

(أ) إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار اليها فى المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين .

(ب) فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين ، اختار كل طرف محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار ثالث ، فإذا لم يعين الطرفين محكمة خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو اذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار اليها فى المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين ....".

وهو تنظيم مشابه لكل القواعد التى تتضمنها لوائح تحكيم هيئات التحكيم المؤسسى .

ولكن ورغم وجود هذا الالتزام ووجود مثل هذه الوسائل للتغلب على عدم تنفيذه فإن محكمة التحكيم قد لا يمكن تشكيلها، إما لاسباب تتعلق بالعيوب التى لحقت باتفاق التحكيم ذاته أو بسبب المصاعب والعراقيل التى قد يضعها القانون أو الجهات القضائية فى دولة مقر التحكيم المختارة من قبل الأطراف .

ولمواجهة هذا الاحتمال ، اتجهت بعض التشريعات الى الرجوع إلى القضاء الوطنى .

ومن ذلك مثلا نص المادة /٧ من القانون الدولى الخاص السويسرى التى جعلت للمحاكم السويسرية ان تعترف لنفسها بالاختصاص على الرغم من وجود اتفاق على التحكيم إذا ثبت أن محكمة التحكيم لا يمكن تشكيلها لاسباب ترجع إلى المدعى عليه فى التحكيم .

وكذلك الفقرة الثانية من المادة /١٧ من القانون المصرى للتحكيم التى جعلت للمحاكم المصرية ، بناء على طلب أحد الطرفين ، أن تتولى القيام بالاجراء أو العمل المطلوب فى حالة تخلف احد أطراف التحكيم أو المحكم نفسه عن القيام بما التزم به .

وتهدف مثل هذه النصوص إلى تحاشى انكار العدالة فى الفروض التى يصعب فيها تشكيل محكمة التحكيم بسبب تعنت أحد الأطراف، بمنحها الفرصة للطرف المدعى بأن يتقدم بدعواه امام الجهات القضائية الوطنية .

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن هذا المسلك التشريعى لا يقدم الحل المثالى للمشكلة بالنظر إلى ان ارادة الأطراف قد اتجهت الى اتخاذ التحكيم سبيلا للفصل فى المنازعات الناشئة بينها. ومع ذلك فإن هذا الحل يبدو حلا لا مفر منه فى الحالات التى يبدو فيها مستحيلا بشكل جذرى تشكيل هيئة التحكيم. ولا يلجأ اليه الا على نحو استثنائى .[1]

---

[1] للمزيد من التفصيلات ، أنظر الدكتورة حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعى ، ١٩٩٦ ، ص ١٢٢.

المبحث الثالث

انعدام أثر غياب احد أطراف التحكيم

يحدث أحيانا الا يعلن أحد اطراف اتفاق التحكيم سحب رضاءه باختصاص هيئة التحكيم صراحة ، وإنما يعمد إلى اتخاذ موقف سلبى من الاجراءات ، بهدف الحد من فاعلية مركز التحكيم بتأجيل نظر الموضوع وبالتالى تعطيل الفصل فى النزاع لاطول فترة ممكنة كما يحدث أمام القضاء الوطنى .

وهنا يثور التساؤل عن اثر غياب هذا الطرف اثناء اجراءات نظر طلب التحكيم ؟ والواقع من الأمر أن الالتزام الواقع على عاتق الأطراف باحالة النزاع الناشىء فيما بينهم الى هيئة التحكيم المتفق عليها ، يتطلب من اجل ضمان فعاليته واحترامه أن يكون نكوص احد الأطراف عن القيام بهذا الالتزام ، مقترنا بامكانية الزامه بالتنفيذ العينى لهذا الالتزام.

اذ لا يمكن الاكتفاء هنا بطلب التعويض عن الضرر الناجم عن التخلف عن تنفيذ هذا الالتزام لاسباب عديدة من اهمها صعوبة تحديد الضرر الواقع على الطرف المتضرر من عدم عرض النزاع على التحكيم.[١]

وهنا يمكننا أن نشاهد مثالا آخر للتطوير الذى قدمته اتفاقية البنك الدولى للإنشاء والتعمير المنشئة للمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، حيث فننت مبدأ هاما يضمن الفاعلية لشرط التحكيم الذى يشير الى اختصاص المركز .

---

[١] لمزيد من التفصيلات .. أنظر الدكتورة حفيظة الحداد ، المرجع السابق، ص ١١٤ ومابعدها.

فقد تضمنت المادة ٤٥ من الاتفاقية النص على أنه :

(١) لا يعد عدم الحضور او عدم تقديم أوجه الدفاع من أحد أطراف النزاع تسليما بوجهة نظر الطرف الآخر .

(٢) فى حالة عدم الحضور وتقديم أوجه الدفاع يجوز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة أن تفصل فى المسائل المعروضة عليها بالحكم المناسب .

وعلى المحكمة قبل أن تصدر حكمها أن تعلن الطرف المتغيب ضاربة له ميعاد نهائى للحضور ، الا اذا اقتنعت بأنه لن ينفذ ذلك.

وهو ما أكدت عليه القاعدة رقم ٤٢ من قواعد تحكيم المركز التى أوضحت نص المادة ٤٥.[١]

وقد قنن المشرع المصرى هذه القاعدة فى نص المادة /٣٥من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ [٢].

ولاشك أن فى هذا استكمال لماسبق وتعرضنا له من عدم جواز التراجع عن التحكيم بالإرادة المنفردة الصريحة وهو ما رأينا مثالا له فى المادة ٢٥ من اتفاقية انشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار.

---

(١) تنص القاعدة ٢،٣/٤٢ على أن :
(تخطر المحكمة الطرف غير الحاضر بطلب الطرف الآخر بالفصل فى النزاع بحالته، ولها أن تمنح الطرف المعلن اليه فترة سماح ولها بعد ذلك أن :
أ - تعطى فترة سماح أخرى .
ب - تعيين تاريخ لجلسة الاستماع على ألا تتجاوز الفترة المسموح بها ستون يوما

(٢) نصت هذه المادة على أنه :
اذا تخلف أحد الطرفين عن حضور احدى الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاهزة لهيئة التحكيم الاستمرار فى اجراءات التحكيم واصدار حكم فى النزاع استناد الى عناصر الاثبات الموجودة أمامها .

ويمكن أن نشاهد مثالا لتطبيق هذه القواعد فى تحكيم شركة Liteco ضد الحكومة الليبيرية[١].

فقد تبين لمركز التحكيم امتناع الحكومة المشار اليها عن حضور إجراءات التحكيم رغم مشاركتها فى تعيين المحكمين ، ورغم اعذارها الأمر الذى دعى المحكمة الى الاقتناع بعدم جدوى التأجيل ، فانتقلت الى فحص أدلة ما تدعيه الشركة وفصلت فى النزاع باعتبار أن تخلف احد الأطراف عن المشاركة فى الاجراءات ليس من شأنه ايقاف الاجراءات ولا يحول دون استمرار نظرها وفقا لما تبين لمحكمة التحكيم من الأوراق والمستندات المقدمة اليها.[٢]

المبحث الرابع

استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع

فى ظل التطور المستمر للعلاقات الخاصة الدولية وتزايد اللجوء الى هيئات التحكيم الخاص الدولى ، بات من الضرورى البحث عن قاعدة عامة تنظم العلاقة بين المحاكم الوطنية وهيئات

---

(١) Liberian estern Timber Corportation (LETCO) V. Government of the republic of liberia, ICSIDCas No. ARB/38/2, Award of March 31/1986/ I.L.M., 26,3 May 1987, P. 647-658.

صدر الحكم فى النزاع فى ١٩٨٦/٣/٣١ وعدل فى ١٩٨٦/٥/١٤ ورغم أن شركة ليتكو (المدعية) لم تكن طرف فى اتفاقية إنشاء المركز الا أن المحكمة قضت باختصاصها بنظر النزاع باعتبار أن الشركة المدعية تنتمى لدولة طرف فى الاتفاقية (فرنسا).

وفى تحليل هذا الحكم من ناحية تحديد القانون الواجب التطبيق . أنظر الدكتور صلاح الدين جمال الدين . نظرات فى القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة ١/٤٢ من اتفاقية مركز تسوية منازعات الاستثمار (CIRDI) دار النهضة العربية ١٩٩٦.

(٢) كانت الحكومة الليبيرية قد اتجهت الى مقاضاة الشركة أمام محاكمها الوطنية بالمخالفة لمشارطة التحكيم ولنص المادة ٢٦ من اتفاقية انشاء الـ ICSID رغم أنها من الدول المصدقة على الاتفاقية أنظر فى هذه التفصيلات

I.L.M.. May 1987. P 650

التحكيم . قاعدة تحدد مجال اختصاص كل منهم . فاذا كان للمحاكم الوطنية سلطة التدخل فيما يعرض على هيئة التحكيم من منازعات فإن ذلك سيجرد نظام التحكيم من أى قيمة عملية .

ولم تكن هناك قاعدة دولية فى هذا الشأن حتى سنة ١٩٥٨.

ففد رأى واضعوا اتفاقية نيويورك للاعتراف بالاحكام الاجنبية الصادرة عن الأمم المتحدة سنة ١٩٥٨ وجوب الأخذ بقاعدة دولية جديدة فى المادة ٣/٢ مؤداها فرض التزام على المحاكم الوطنية للدول الموقعة على الانفاقية بالامتناع عن سماع الدعوى التى تقام امامها بالمخالفة لاتفاقات التحكيم المبرمة.[١]

إذ قد لوحظ أن توحيد قواعد تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية وتبسيط اجراءاتها لن يؤدى إلى تقدم حقيقى إذا ظل الباب مفتوحا للتخلص من نتائج الحصول على حكم تحكيم ، عن طريق لجوء احد الأطراف ابتداء إلى القضاء الوطنى بدعوى قضائية يمكن التمسك بها كعقبة فى سبيل تنفيذ حكم التحكيم مستقبلا .

ولمواجهة الآثار السلبية التى تترتب على اللجوء لمثل هذا الاسلوب الذى يهدد فاعلية نظام التحكيم الخاص الدولى وضعت هذه القاعدة موضع التطبيق حتى لا يترك الأمر للتشريعات الداخلية التى تتفاوت مواقفها ، ويعطى بعضها للقضاء الداخلى سلطة تقديرية تتنافى مع الحسم المطلوب.[٢]

---

(١) تنص هذه المادة على أنه وعلى محكمة الدولة المتعاقدة عندما تطرح امامها دعوى بشأن مسألة سبق للأطراف الاتفاق على التحكيم فيها ، أن تأمر بناء على طلب احد الأطراف، بإحالتها الى التحكيم ....."

(٢) أنظر الدكتورة سامية راشد ، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، منشأة المعارف، ١٩٨٤، ص ٤٣٣، ٤٣٤ ، وكذلك الوثائق الآتية من وثائق الامم المتحدة :
E/ 2822 / ADD.I - 6. E/ Conf. 2612 26/3 ADD. I.

وبناء عليه ، فقد تضمنت الاتفاقية نص قطعى الدلالة فى اقامة تعهد دولى مصدره انضمام الدولة الى الاتفاقية ، مؤداه ان يقع التزام مباشر على كاهل محاكم الدولة من شأنه ضرورة أن تتخلى عن نظر المنازعات التى يكون موضوعها داخلا فى نطاق اتفاق تحكيم توافرت فيه الشروط التى تتطلبها المادة /٢-٢،١ من اتفاقية نيويورك، وأيا ما كانت جنسية أطراف اتفاق التحكيم وايا ما كان مكان انعقاده.(١)

ولم تشترط هذه القاعدة لترتيب أثرها أن يكون الأطراف قد بدأوا فى اجراءات التحكيم بل يكفى أن يوجد شرط التحكيم فى العقد ليترتب على ذلك الأثر المانع للقضاء الوطنى من نظر النزاع المعروض.

ويرجع الفقه هذه القاعدة الى أنها تطبيق لمبدأ القوة الملزمة للاتفاق، أو مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين باعتباره من المبادئ المستقرة فى القانون الدولى للعقود.(٢)

وقد أخذ المشرع المصرى بهذه القاعدة عند اصداره لقانون التحكيم فى العلاقات المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ حيث جاء نص المادة /١٣ صريحا فى هذه المسألة بقوله "يجب على المحكمة التى يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ، أن تحكم

---

(١) أنظر الدكتورة سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٣٦ . وقد أوردت عددا كبيرا من احكام المحاكم الوطنية التى طبقت هذه القاعدة .

(٢) أنظر :

E. Gaillard: Convention d'orbitrage effects, droit commun et droit conventional, J.CL. Dr. int., Fase 586-5, 1994.

ولمزيد من التفصيلات أنظر :

الاستاذة الدكتورة حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامع، ١٩٩٦ ، ص ١١٠ ومابعدها.

بعدم قبول الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى ولا يحول رفع الدعوى المشار اليها فى الفقرة السابقة دون البدء فى اجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو اصدار حكم التحكيم".

وقد اختلفت الآراء بشأن تحديد هذه المادة لطبيعة الدفع بالتحكيم ، ما بين اعتباره دفعا بعدم القبول او دفعا بعدم الاختصاص بل ان البعض اطلق عليه وصف الدفع الشكلى دون تحديد ماهية نوعية او مسمى هذا الدفع.(١)

والحقيقة أنه مع تقديرنا لكافة الآراء الفقهية التى ناصرت ايا من هذه الاتجاهات ، فأننا نميل الى اعتماد الدفع الذى يؤدى بنا الى الوصول الى الغاية التى يبتغيها اطراف التحكيم بصفة جوهرية ، الا وهى سرعة الفصل فى النزاع وصولا الى استصدار حكم بالتحكيم وتنفيذه .

وقد يكون فى مسلك المشرع المصرى باعتباره دفعا بعدم القبول، هو الاتجاه الاكثر قبولا لدينا لاننا لو اعتبرناه دفعا بعدم الاختصاص فما هى جهة الاختصاص ، وكيف لا تكون المحكمة مختصة بنظر نزاع توافرت لها فيه شروط انعقاد الاختصاص القضائى وفقا لقواعد قانون المرافعات ، واذا اعتبرناه دفعا شكليا فإن مثل هذا الدفع مثله مثل الدفع بعدم الاختصاص يجب ابداءه مع الدفوع الاجرائية قبل ابداء اى طلب والا سقط الحق فيها (المادة ١٠٨ من قانون المرافعات المصرى).

---

(١) أنظر الدكتور على سالم ابراهيم ، فى رسالته للدكتوراه بعنوان :ولاية القضاء على التحكيم، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ١٩٩٥ ، ص ١٩٦ ومابعدها.

وهكذا يتضح افضلية اعتبار الدفع بالتحكيم دفعا بعدم القبول بما يترتب على ذلك من آثار والتى من اهمها امكان ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى اذا كان هناك مقتضى ، (المادة ١١٥من قانون المرافعات المصرى).

وقد ثار التساؤل عما اذا كانت هذه القاعدة ستسرى بالنسبة لطلب الأمر بالاجراءات الوقتية والتحفظية أم أنها قاصرة على المنازعات الموضوعية .

فقد يرى أحد أطراف النزاع اللجوء الى استصدار أمر من القضاء الوطنى بالاجراءات التحفظية والوقتية ضد الطرف الآخر تحوطا لحقوقه أو لدواعى الاستعجال [١].

وقد أتجه الرأى الراجح فى الفقه والقضاء[٢] الى أن عدم تعرض اتفاقية نيويورك لهذه المسألة مقتضاه استمرار القاعدة المستقرة والتى تقضى بأنه يجوز التقدم للقضاء بالطلبات الوقتية والتحفظية بما فى ذلك الحجز التحفظى دون أن يعد ذلك مساسا باتفاق التحكيم أو نزولا عنه وسواء فى ذلك أن يتم هذا المسلك قبل أو بعد بدء اجراءات التحكيم.

وخلاصة القول أن وجود اتفاق التحكيم لا يعنى حرمان القضاء الوطنى من سلطة اصدار الأوامر الوقتية والتحفظية التى يراها مناسبة وفقا لقواعد قانون المرافعات المعمول بها فى دولة

---

(١) أنظر المرجع السابق ص ٤٥٢.

(٢) تردد القضاء الأمريكى فترة فى هذه المسألة إلا أن قضاءه انتهى الى نفس الاتجاه العام فى القضاء الوطنى للدول الأخرى .
أنظر الاحكام أرقام ١٥٥ ، ١٥٩، ١٦٨ الصادرة فى سنة ١٩٧٥ الى ١٩٧٧ من المحاكم الأمريكية والمنشورة فى :
International commercial Arbitration, Ocena Pub. Inc., Dobbs ferry, New York Convention, volI.I & II, by porf. G. Gaia 1978-1979.

القاضـى حيث لـم يرد فى اتفاقيـة نيويورك مـا يحـول دون استمرار العمـل بذلك الاصـل القـانونى المسـتقر أو ينقص مـن ولايـة القضـاء الوطنـى فى ذلك المجـال الـذى يخرج عن دائرة المسائل التى يستأثر بالفصل فيها قضاء التحكيم.(١)

وقد أكدت لوائـح التحكيم على هذه القاعدة صراحة حيث ورد النص عليها فى المـادة ٥/٨ من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية والفصـل ١/٤٦ مـن قواعد الجمعيـة الأمريكية للتحكيم والمادة ٣/٢٦ من قواعد التحكيم التى وضـعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى (اليونسترال)(٢) . وهو مـا استقر عليه المشرع المصرى فى المـادة ١٤ مـن قـانون التحكيم الحـالى(٣)، إلا أن استقرار هذا الأصل على اطلاقـه لـم يدم طويلا ، فقد جاءت اتفاقية إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بقاعدة مغايرة تؤكد بها على الرغبة فى ضمان مزيد من الفاعلية لاحكام التحكيم وهو مـا سنعرض لـه فى الصفحات التالية :

أولا : استئثار هيئة التحكيم بنظر كل عناصر النزاع :

يتميز التحكيم لدى المركز المشار اليه بطبيعته الخاصـة، حيث تـتميز احكامـه بالطـبيعة الدوليـة ويـتميز نظامـه بأنـه يـتيح الفرصـة للمستثمر الخاص الأجنبى للتقاضى امام محكمة دولية الطابع والنظام

---

(1) See Albert Jan Van den Berg : The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a uniform Judicial interpretation, Kluwer, Pub., P. 140.

(2) See for more details:
W. Lacurance Carig & William W. park & Jan Paulsson : International chamber of comerce arbitration, Paris, 1984 Part IV, para 27.0, 02,P. 40-49.

(٣) جاء نص هذه المـادة على النحو التالى : "لا يجوز للمحكمة المشار اليها فى المادة /٩ من هذا القـانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفى التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء فى اجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

متساويا فى ذلك مع الطرف الآخر للنزاع سواء كان دولة أو هيئة حكومية أو ذات طبيعة عامة .

واستكمالا لهذا التميز للنظام الذى قدمته الاتفاقية لتسوية منازعات الاستثمار اتجهت الى كفالة استقلال قضاء المركز ، المشار اليه بفحص النزاع دون ان يتدخل معه فى ذلك جهات أخرى ادارية أو قضائية ، حتى لا يؤثر تدخلها بالسلب أو الايجاب على علاقة الاطراف ، أو على سير النزاع أمام هيئة التحكيم ، أو على قابلية الحكم الصادر فى النزاع للتنفيذ .

فأكدت الاتفاقية بالمادة /٢٦ منها على أن "رضاء الأطراف بالتحكيم وفقا لنظام اتفاقية إنشاء المركز يعد قبولا لاستبعاد أى وسيلة أخرى للتسوية مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك".

وبذلك اكدت الاتفاقية على استئثار محاكم تحكيم المركز بنظر كل عناصر النزاع باعتبار أن قبول شرط التحكيم لديها يعتبر قبولا فى ذات الوقت لاستبعاد أى طريق آخر لتسوية النزاع .

وفى ذلك مسلك واضح من واضعى الاتفاقية نحو تحقيق مزيد من الفاعلية لاحكام التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية.[١]

ولم تكتفى الاتفاقية بنص المادة ٢٦ وانما اكدت على استئثار المركز بنظر كل عناصر النزاع بنص المادة /٤٧ التى خولت لهيئة التحكيم سلطة اتخاذ أى اجراءات تحفظية Provisional Measures تقتضيها الظروف للحفاظ على الحقوق المشروعة لأى

---

[١] أنظر :
G.R.Delaume : ICSID. Arbitration and the courts, A.J.I.L., Vol. 77, No 4., 1983, P. 784.

من اطراف النزاع[١] سواء بناء عل طلب احد الأطراف أو من تلقاء نفسها، مالم يتم الاتفاق بين الأطراف على غير ذلك.[٢]

فأضافت بذلك قاعدة مكملة للقاعدة الأولى ، بحيث صار لهيئة التحكيم التى تتشكل فى اطار هذا المركز من مراكز التحكيم أن تنظر وحدها فى الطلبات الموضوعية والمستعجلة المتعلقة سعيا لتسوية الخلاف بين الأطراف .

الا أن وضع هذه القاعدة موضع التنفيذ يثير التساؤل عما اذا كانت تحظر على الأطراف التقاضى أمام المحاكم الوطنية ، وما هو الحكم الذى ينبغى أن تقضى به هذه المحاكم اذا ما رفع اليها دعوى بالمخالفة للقاعدة المذكورة؟.

والحقيقة أنه ورغم وجود النصوص الدولية الطابع الا أنه قد يحدث عملا أن يخشى أحد أطراف النزاع من ضياع حقوقه المشروعة او تبديد الطرف الآخر لما يمكن أن يكفل تقديم التعويض المناسب أو قيام الطرف الآخر بالتغيير فى الادلة التى تثبت حقه فى النزاع المعروض على هيئة التحكيم، فيسارع بتقديم طلب او برفع دعوى أمام المحاكم الداخلية بهدف استصدار أمر أو حكم باتخاذ الاجراءات التحفظية المناسبة لحفظ حقوقه من الضياع .

---

(١) تنص المادة ٤٧ من الاتفاقية على أنه :

"Except as the parties otherwise agree the tribunal May, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken preserve to respective rights of either party".

(٢) أنظر القاعدة ٣٩/٥ من قواعد التحكيم المنقحة الصادرة عن المجلس الادارى للمركز فى ٢٦ سبتمبر ١٩٨٤.

والواقع أنه لا توجد سلطة وطنية أو دولية تستطيع أن تمنع أيا من اطراف العلاقة من رفع مثل هذه الدعوى التحفظية[١] .

إلا أنه وعلى الجانب الآخر من المسلم به أن دخول الدولة التى ينتمى اليها القاضى طرفا فى الاتفاقية المنظمة لعمل هيئة التحكيم يجعل هذه الاتفاقية جزءا من القانون الوطنى لدولة القاضى بمجرد التصديق عليها[٢] ومن ثم يكون لقواعدها الأولوية فى التطبيق إعمالا لمبدأ تدرج القواعد القانونية وسمو قواعد القانون الدولى على القواعد القانونية الوطنية عند التعارض .

ومن ثم فإذا كان القانون الوطنى للقاضى المعروض عليه النزاع يجعل للمحكمة الاختصاص بنظر الطلب المقدم اليها والفصل فى موضوعه فإن دخول القواعد القانونية التى تتضمنها الاتفاقية ضمن القواعد الواجبة التطبيق يضع على القاضى التزاما بالا ينظر فى الموضوع .

إلا أن ذلك لا يعنى أن على القاضى القضاء برفض الفصل فى موضوع طلب اتخاذ الإجراء التحفظى ، اذا سيعد بذلك مخالفا لقانونه الوطنى، بل سيكون عليه أن يقضى بعدم قبول الدعوى استنادا الى اختصاص محكمة تحكيم المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بالفصل فى الطلب، فيؤكد بحكمه هذا على ضمان فاعلية نظام التحكيم.

---

(١) أنظر مثال لذلك حكم محكمة النقض الفرنسية فى نزاع غينيا وسيجوبيتش ضد شركة اتلانتك ترينتون ، المنشور فى .I.L.M., Vol. XXXVI, No.2, 1987, P. 373 .

(٢) أنظر حكم دائرة نظر طلبات الحراسة القضائية بجنيف الصادر فى قضية شركة نومينى الدولية البحرية (Mine) ضد غينيا فى ١٩٨٦/١٠/١٧ فى النزاع الناشىء عن عقد تضمن شروط التحكيم لدى الـ ICSID منشور فى I.L.M., March, 1987, P. 382 .

ثانيا : موقف المحاكم والتشريعات الوطنية من استئثار هيئة التحكيم بالفصل فى النزاع :

ترددت المحاكم والتشريعات الوطنية فى الأخذ بالقاعدة السابقة، ويمكن أن نجمل الرأى فى هذه المسألة إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : التأكيد على ضمان فعالية التحكيم :

يتبين من دراسة الاحكام التى اصدرها القضاء الوطنى لعدة دول فى العديد من المنازعات التى تقدمت فيها شركات الاستثمار بطلبات إلى قاضى الأمور الوقتية أو اقامت دعاوى مستعجلة بهدف استصدار أوامر أو أحكام وقتية بالتحفظ على الأموال المنقولة للطرف الآخر فى العلاقة، أن هذه الطلبات والدعاوى لا تثير أى مشكلة فى الاحوال العادية للتقاضى امام المحاكم الوطنية أو حتى حين يعرض النزاع على احدى هيئات التحكيم الاختيارى أو هيئات التحكيم المؤسسى .

وان المشكلة لا تظهر الا عند وجود شرط للتحكيم لدى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن نظرا لوجود نص المادة ٢٦ من الاتفاقية المنشئة للمركز بينما تخلو لوائح المراكز الاخرى للتحكيم من مثل هذا النص .

وعلى ذلك فإنه باستثناء الحالات التى تشترط فيها الدولة الطرف فى اتفاقية انشاء المركز استنفاد طرف التقاضى والتظلم الادارى بإقليمها فأنه يكون على المحاكم الوطنية للدول التى قبلت الانضمام لاتفاقية انشاء المركز المشار اليه ، أن تقضى بعدم قبولها نظر الطلبات والدعاوى التى تقدم اليها بشأن نزاع متعلق بعقد يتضمن شرط التحكيم لدى المركز باعتبار أن الأطراف حين

ارتضوا بشرط التحكيم لدى هذا المركز، قد تنازلوا عن حقهم فى التقاضى وطلب الحجز التحفظى لدى أى جهـــة أخرى غير محاكم تحكيم المركز ذاته .

وقد ناقش القضاء هذه المسألة فى العديد من القضايا المنشورة وانتهى الى نفس النتيجة .

ومن ذلك مثلا :

١ - النزاع بين غينيا وشركة اتلانتك ترينتون [١]:

فقد تضمن العقد المبرم بين الطرفين شرطاً للتحكيم لدى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ، وإزاء الخلاف بينهما بشأن تنفيذ العقد، استصدرت الشركة[٢] أمرا بالحجز التحفظى على السفن المملوكة للشركة الغينية ضمانا لحقوقها من إحدى المحاكم الفرنسية، الا أنه عندما طعن على الأمر انتهت المحكمة الاستئنافية الى عدم اختصاص قاضى المحكمة التجارية بإصدار أمر الحجز التحفظى وقضت بإلغاءه.[٣]

٢ - النزاع بين غينيا ومؤسسة نومينى (Mine) :

وهنا ايضا تضمن الاتفاق شرطاً للتحكيم لدى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار[٤] . وإزاء رفض غينيا التفاوض[٥] ،

---

(١) يتعلق العقد باتفاق على تجهيز وتشغيل ثلاثة سفن للصيد فى المياه الاقليمية لغينيا بموجب اتفاق وقع فى ١٩٨١/٨/١٢.

(٢) تحمل الجنسية النرويجية .

(٣) انظر فى هذا الحكم : I.L.M., Vol. 24, No. 2, March 1985, P. 340.
حيث استندت المحكمة الى نصوص المواد ٢٦ ، ٤٧ من اتفاقية إنشاء المركز الدولى والقاعدة ٣٩ من قواعد التحكيم وهى الخاصة بالاجراءات التحفظية .

(٤) وقع الاتفاق المذكور فى ١٩ أغسطس ١٩٧١ لنقل خام الالومنيوم من غينيا.

(٥) كانت الشركة قد استصدرت حكم تحكيم من الجمعية الأمريكية للتحكيم A.A.A حيث ابطل بحكم المحكمة العليا لولاية كولومبيا .

لجأت الشركة الى تقديم طلب للتحكيم واثناء السير فى اجراءاته تقدمت بطلب للقضاء البلجيكى للحجز على الأموال المملوكة لغينيا فى بلجيكا. حيث انتهى قاضى الأمور الوقتية الى عدم اختصاصه بنظر الطلب.[١]

٣ - نزاع شركة موبيل أويل ضد حكومة نيوزلندا :

إذ ورغم تقديم الشركة لطلب التحكيم لدى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ، سعت الحكومة الى استصدار احكام قضائية من المحاكم النيوزلاندية لعرقلة سير النزاع أمام هيئة التحكيم، الا أنه عند عرض النزاع على المحكمة العليا فى نيوزلاندا قررت وقف نظر جميع الدعاوى المتصلة بالنزاع لحين انتهاء محكمة التحكيم من عملها إعمالا لشرط التحكيم المبرم بين الطرفين .[٢]

ونستخلص من هذه الاحكام أن هناك اتجاها نحو تقليص دور المحاكم الداخلية فيما يتعلق بمنازعات الاستثمار ليصبح قاصراً على اصدار الاحكام التى تؤكد على فعالية نظام التحكيم .

---

(١) أنظر :

ACSID Rev, No. 5., 1990, P. 95 - 104.
The case of Mobil Oil Corp. V. Newzealand Government (ICSID Case no. ARB/ 8712).

منشور فى I.L.M., Vol. 24, No. 6, Nov. 1985, P. 1639.

(٢) أنظر :

News From ICSID, Summer 1987, P. 4.

وقد سوى هذا النزاع وأوقفت اجراءات التحكيم .
أنظر :

Arbitration material, Vol. 3., No. 4, Dec. 1991, P. 244.

الاتجاه الثانى : تأكيد اختصاص المحاكم الوطنية :

ظهر الاتجاه المخالف فى القضاء الفرنسى حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى رفض تقييد سلطاتها واختصاصاتها القضائية لصالح التحكيم . ولاسيما عند اثارة مسألة تطبيق المواد ٢٦ ، ٤٧ من الاتفاقية المنشئة لمركز الـ ICSID السابق الاشارة اليها .

فقد ذهبت المحكمة عندما عرض عليها النزاع بين غينيا وشركة اتلانتيك ترينتون ، إلى أن للمحاكم الوطنية أن تنظر فيما يعرض عليها بشأن استصدار أمر أو حكم بالحجز التحفظى على أموال أحد أطراف النزاع لحساب الطرف الآخر .

واستندت فى حكمها المتقدم على أن نص المواد المذكورة ليس المقصود منه حرمان أطراف النزاع من الاستعانة بالمحاكم الوطنية لاتخاذ اجراءات الحجز التحفظى من اجل ضمان تنفيذ حكم التحكيم الذى ينتظر صدوره عن هيئة التحكيم ، وأن محكمة الاستئناف قد أساءت تطبيق نص هذه المادة .[1]

ويمكن أن نرى فى القانون المصرى الحالى للتحكيم انعكاسا لهذا الاتجاه ، حيث اعطى للمحاكم المصرية الاختصاص بنظر طلبات الحجز التحفظى رغم وجود شرط التحكيم.[2]

---

[1] الحكم منشور فى :

I.L.M., Vol. XXVI, No.2, 1987, P. 373.

وانظر فى التعليق على هذا الحكم :

Paul Friedland : Remedies, An Up-dat, Arbitration international, Vol. 4, No. 2, Apr. 1988 P. 161.

[2] انظر نص المادة /١٤ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ التى تنص على أنه "يجوز للمحكمة المشار اليها فى المادة /٩ (محكمة مصرية) أن تأمر ، بناء على طلب أحد طرفى النزاع باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية ، سواء قبل البدء فى اجراءات التحكيم أو

والحقيقة أنه اذا كان من الممكن اعتبار الاجراءات التحفظية صورة من صور الاستعجال التى يتولد عنها حاجة ملحة الى توفير حماية قضائية عاجلة ، لتفادى وقوع الضرر بالحقوق والمراكز القانونية التى يراد المحافظة عليها [١] ، الا أن حكم محكمة النقض الفرنسية ومسلك المشرع المصرى لا ينأى عن بعض الملاحظات :

فالواضح أن حكم المحكمة المذكورة ومن شايعها يجنح وبشدة نحو التأكيد على تطبيق القوانين الوطنية وتوسيع دائرة اختصاص المحاكم الوطنية رغم وجود شرط للتحكيم وسماح المشرع الوطنى باللجوء الى هذه الصورة من صور حسم الخلافات . وفى ذلك ابتعاد عما يقتضيه نمو المبادلات والعلاقات الدولية للافراد عبر الحدود الاقليمية للدول .

ولا جدال فى أن تقدم أحد اطراف النزاع بطلب للمحاكم الداخلية لاستصدار أمر أو حكم ، ولو كان وقتى ، للتحفظ على ممتلكات الطرف الآخر، يؤدى الى توسيع نطاق النزاع ، وتشتت

أثناء سيرها". ويبدو أن المشرع المصرى قد اخذ بوجهة النظر التى تعتبر الاختصاص القضائى الدولى بالدعوى المستعجلة من المسائل التى تتعلق بالنظام العام .
أنظر فى هذه الجزئية . الدكتور احمد عبد الكريم . المرجع السابق . ص ١٧٤ ، ٢٦٣.

(١) يشترط لثبوت الاختصاص الدولى للمحكمة بالدعوى المستعجلة ثلاثة شروط هى :
١ - توفر الاستعجال او الخوف من التأخير وهو الشرط الرئيسى والجوهرى للاختصاص الدولى باتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية .
٢ - أن يكون المطلوب تدبيرا وقتيا لا يمس موضوع الحق . باعتبار أن هذه الوقتية هى جوهر الاستعجال . فهى اجراءات وقتية بالمقارنة بالحل النهائى الذى سيصدر فى موضوع الدعوى الاصلية .
٣ - أن يكون التدبير الوقتى واجب التنفيذ فى الإقليم الوطنى للمحكمة التى أمرت به ، باعتبار أنها تستهدف تحقيق السلام الاجتماعى على الاقليم الوطنى لدولة القاضى .
أنظر الدكتور احمد عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ ، ١٢٥ ، ١٣٩.
والدكتور/ احمد سليم . الاختصاص والموضوع فى قضاء الأمور المستعجلة ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٦٠ ص ٨٩ ولاسيما ص ١٠٧ ومابعدها.

اجراءاته ما بين هيئة التحكيم الدولى والمحاكم الوطنية فى دولة أو أكثـــر .

ولاشك فى أن سلوكا كهذا سينعكس على عمل المحكمين بالسلب ، فضلا عما قد يؤدى اليه من تأثير على وجهات نظرهم فى النزاع، وانــــه قد يؤدى إلى صعوبات فى تنفيذ الحكم الذى ستصدره هيئة التحكيم .

كما أن هذا الاتجاه يخالف أهداف نظام التحكيم الدولى من حيث ضمان السرية والسرعة فى إنهاء الخلاف بين الاطراف . أما فيما يتعلق بتطبيق نصوص المواد ٢٦ ، ٤٧ من اتفاقية البنك الدولى للانشاء والتعمير المنشئة للمركز الدولى المشار اليه ، فإن تصديق الدولة على الاتفاقية المذكورة يؤدى إلى التزامها بكل نصوصها وقواعد التحكيم التى وردت فيها ، باعتبارها جزءا من القانون الوطنى فى هذه الدولة، بل أن قواعدها تكون أولى بالتطبيق عند وجود نص مخالف بالتشريعات الوطنية.

ومن ثم فقد كان جديرا بمحكمة النقض الفرنسية والمشرع المصرى الابتعاد عن التوجه إلى ما يخالف اتجاه معظم الهيئات القضائية الوطنية ، ونصوص الاتفاقيات الدولية ، وكان من الملائم أن تؤيد المحكمة ما انتهت اليه محكمة الاستئناف بشأن الاجراءات التحفظية.[1]

---

[1] أنظر فى هذه الوجهة من النظر :

G.R. Delaume : Interoductory note, I.L.M., March, 1985, P. 340.

وكذلك :

Lawrance collins : Provisional and Protective Measures in international Litigation, RCADI, Vol. 3, 1992, P. 103.

ولا يمنع من ذلك القول بأن قواعد الاختصاص القضائى بشأن الاجراءات الوقتية تتعلق بفكرة النظام العام الوطنى لهذه الدولة أو تلك ، لاسيما فيما يتعلق بالتحكيم أمام المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، حيث أن اندماج نصوص الاتفاقية فى النظام القانونى الوطنى وأولوية قواعدها بالتطبيق ينفى عن قاعدة استئثار محكمة التحكيم بنظر كل عناصر النزاع شبهة التعارض مع فكرة النظام العام الوطنى فى دولة طرف فى الاتفاقية. بل أنه وعلى العكس، فإن عدم التزام المحاكم الداخلية لاحدى الدول الطرف فى الاتفاقية ، بهذه القاعدة يترتب عليه المسئولية القانونية على عاتق الدولة مما قد يعرضها للمساءلة امام محكمة العدل الدولية وفقا لنصوص الاتفاقية.[١]

---

[١] المادة ٦٤ من الاتفاقية . وانظر أيضا :

G.R. Delaume : ICSID Arbitratio and the courts, A.J.I.L., Oct. 1983, P. 784.

الفصل الثانى

تفويض هيئة التحكيم
فى اختيار القانون الواجب التطبيق

تهدف عقود التنمية الاقتصادية التى تبرم مع الشركات الخاصة الأجنبية إلى تنمية القدرة الاقتصادية للدولة بمساعدة رأس المال أو التكنولوجيا المتقدمة أو المواد الأولية التى يملكها الأجنبى. واستهداف هذا الأخير للربح من وراء تعاقده هو ما يجعله حريصاً على ضمان مستقبل استثماره بالاتفاق على مجموعة من الشروط التعاقدية التى تكفل له أكبر قدر من المزايا والحصانات طوال مدة العقد وهو ما قد يثير العديد من الخلافات ، لاسيما فيما يتعلق بتحديد أو اختيار القانون الذى تطبقه هيئة التحكيم لتسوية ما قد ينشأ بينهم من منازعات قانونية .

وإذا ما كان لازماً أن يستمر تدفق الاستثمارات الأجنبية من أشخاص القانون الخاص إلى الدول النامية كان لابد من إيجاد نظام قانونى ملائم وعادل ويلقى القبول لدى كل من الدول والمستثمرين للفصل فى منازعاتهم المحتملة.

وقد ظهرت الكثير من الدراسات التى تبين كل منها رأياً معيناً فى تحديد هذا النظام القانونى مما أوجد الجدل حول أولوية كل من النظم الآتية للتطبيق : (١) النظام القانونى للدولة المستقبلة للاستثمار. (٢) النظام القانونى الخاص بدولة المستثمر. (٣) قانون القاضى أو قانون الدولة مقر التحكيم. (٤) القانون الدولى العام . (٥) قواعد القانون الدولى الاقتصادى .

ولاشك فى أن لتطبيق كل منها مميزاته وأوجه الانتقاد التى توجه إليه ، إلا أن واحداً من بينها لم يلق القبول الكامل من المعنيين بالمسألة . ففى غياب اتفاق مسبق بين الأطراف سيكون على هيئة التحكيم أن تبحث عن أنسب القواعد القانونية التى تطبق على النزاع القانونى المعروض عليها لكى تفصل فيه بحكم حاسم وعادل .

ومن خلال مجهودات البنك الدولى للإنشاء والتعمير واللجان القانونية المنبثقة عنه برز إلى حيز الوجود المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بين الحكومات وتابعيها من الهيئات والمؤسسات والمستثمرين الأجانب بموجب اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ الذى تضمنت اتفاقية إنشاءه قواعد صريحة بشأن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق ، وهو ما يدفعنا للتركيز عليها من خلال أراء الفقه وأحكام هيئات التحكيم التى تكونت منذ انشاءه حتى الآن ، فضلاً عن رجوعنا إلى أحكام التحكيم التى صدرت عن هيئات التحكيم التى تكونت لنظر المنازعات البترولية الشهيرة لنستظهر دور أحكام اتفاقية إنشاء المركز فى تطوير قواعد تحديد القانون الواجب التطبيق فى المنازعات التى تنشأ عن عقود التنمية الاقتصادية ، وهو ما نتناوله تفصيلا فيمايلى :

المبحث الأول :حرية الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق.

المبحث الثانى: تحديد القانون الواجب التطبيق فى غياب الاتفاق الصريح للأطراف .

المبحث الأول

حرية الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق

كان من مستلزمات ازدياد ظاهرة مشاركة الدول فى الأنشطة التجارية والصناعية على كل من المستويين الوطنى والدولى أن يعاد النظر فى الأفكار القانونية التقليدية .

ولما كان لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة[١] دوره البالغ الأهمية فى تحديد شروط التعاقد ، كان بديهياً أن يكون له دوره البارز فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية[٢] ، وهو ما انعكس على نصوص اتفاقية إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار .

والحقيقة أنه ولئن كان لمبدأ سلطان الإرادة دوره البارز فى الاتفاق على شروط التعاقد فى عقود التنمية الاقتصادية فى ظل عدم توازن القوى بين أطرافه، بما فى ذلك شرط تحديد القانون الواجب التطبيق ، إلا أن هذا الدور ليس له صفة الإطلاق ، إذ أن هناك من المسائل ما لا يقبل الخضوع لقانون سوى قانون الدولة الطرف فى العقد ، بما مفاده أن هناك اختيار مسبق يسبق التعاقد ويصدر عن المشرع فى هذه الدولة، اختيار لا يقبل التعديل ، لصدوره فى صورة القواعد الآمرة التى لا يجوز للأطراف مخالفتها وإلا كان اختيارهم

---

(١) فى مفهوم مبدأ سلطان الإرادة Jean M. Jacquet Principe d, Autonomie et Contrats Internatianaux, economica, 1983, P. 7.

(٢) حيث يعرف البعض هذا المبدأ بأنه السلطة التى للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق فى المسائل العقدية:
J.P. Nipoyet, La Theorie d'L' Autonomie de La Volonte, RCADI, Vol. 16, T. I, 1927, P. 5.

باطلاً لا يرتب أثرا[١]. وقد يضع المتعاقدون القواعد المذكورة فى مشارطتهم العقدية بغرض تحويلها إلى نصوص تعاقدية .

أما إذا لم يكن هناك مثل هذه القواعد الآمرة فقد يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، سواء كان هو قانون الدولة المستثمر فيها أو قانون آخر[٢] مستخدمين فى ذلك ما أقره لهم النظام القانونى الأساسى من حرية الاختيار[٣]. تلك الحرية التى صارت مبدأ مستقراً فى فقه وقضاء القانون الدولى ، نقصد مبدأ سلطان الإرادة .

ويعزى التسليم بهذا المبدأ إلى أسباب عملية أكثر منها نظرية ، إذ تستجيب فكرة حرية الأطراف فى اختيار القانون الذى يسرى على عقدهم للتعدد الكبير وللاختلافات فى التعاملات العقدية الدولية ذلك أنها تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الملائم لتحقيق النتيجة التى يرغبان فى تحقيقها ، كأن يختارا قانون دولة ثالثة أجنبية عنهما لما

---

(١) فى النظام العام فى مجالات العلاقات ذات الطابع الدولى والقواعد الآمرة "القواعد ذات التطبيق الفورى وقواعد الأمن المدنى" أستاذنا الدكتور/ فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٤، ص ١٣٣ ومابعدها.

(٢) مثال ذلك نص المادة العاشرة من التشريع الليبى المنظم لإبرام عقود البترول الصادر سنة ١٩٥٥ والمعدل فى ١٩٦٥/١١/٢٠ والتى جاءت على النحو التالى: ينظم العقد، ويفسر طبقا لمبادئ القانون الليبى التى تتفق مع مبادئ القانون الدولى، فإن لم توجد، فينظم طبقا للمبادئ العامة للقانون التى تضمنتها أحكام المحاكم الدولية.

(٣) فى تأصيل فكرة النظام القانونى الأساسى أنظر رسالة الدكتور/ صلاح الدين جمال الدين: عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، عين شمس ، ص ٤٧١ – ٤٩٠.

P. Mayer: Le myth de L'ordre Juridique de base(ou grundlegung) mélanges Goldman, P. 199 et. Suiv. Les accords entre un etat et un personne prive etranger, Anu. De I.D.I, Vol. 57, session d'ASLO, 1977, T.I, P. 192 et suiv. Et dans session d' Athens, 1979, vol: 58, T. II, P. 42 3et suiv.

يتضمنه من أحكام تنظم عقدهما على نحو معين أو بصورة تفصيلية وأفضل من تلك التى كانت ستحققه الأحكام التى وردت فى قوانينهم الوطنية(١).

كأن يختارا القانون السويسرى مثلاً ليسرى على عقدهما لما يحققه ذلك من قيود أقل(٢).

ومن ثم فإن دور مبدأ سلطان الإرادة لا يستهدف إلا تأكيد وضمان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين Legitimes Previsions de Parties حيث يرخص لهم بتحديد القانون الواجب التطبيق مع اعطائهم فرصة التحكم فى هذا القانون. ولكن إذا كان مفهوما أن للأطراف الحق فى اختيار القانون الذى يحكم علاقتهم فما مفهوم تحكمهم فى تطبيقه ؟ .

لم يقف مفهوم مبدأ سلطان الإرادة عند إعطاء الحرية للأطراف المتعاقدين فى اختيار قانون ما ليكون هو القانون الواجب التطبيق واستبعاد ما سواه وإنما تخطى ذلك إلى اعطائهم الحق فى تغيير طبيعة القانون المختار : من نصوص تشريعية تكتسب قوتها من صدورها عن مشرع وطنى أو دولى معين لتكتسب الزاميتها من كونها شروطاً تعاقدية بإدراج القواعد القانونية التى اختاروها فى المشارطة مثلها مثل أى شرط آخر من الشروط التعاقدية .

---

(١) D. Halleaux, J. Foyer et G. de Geouffre: Droit international prive, mason, Paris, 1987. P. 592.
بإدراجه فى المشارطة العقدية. وهى الفكرة التى استقرت فى أحكام النقض الفرنسية منذ فترة زمنية طويلة نسبياً . راجع حكم المحكمة الصادر من الدائرة المدنية فى ٥ ديسمبر ١٩١٠.

(٢) كما هو الشأن فى كثير من عقود الاستثمار التى تبرمها الشركات الأوربية مع الدول النامية لاسيما بعد اصدار قانون جديد للالتزامات العقدية سنة ١٩٨٥ فى سويسرا . منشور فى I.L.M سنة ١٩٨٥.

بل أن للمتعاقدين أن يذهبوا إلى أكثر من هذا بالاتفاق على تجزئة النظام القانونى الذى يركزون فى ظله علاقتهم ، ليطبق منه بعض نصوصه مع استبعاد مادون ذلك .

هذا المفهوم الواسع للمبدأ ، دعى البعض إلى القول بأن مبدأ سلطان الإرادة قد تحول من مبــدأ لحل مشكلة تنازع القوانين إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية غير المحدودة للأطراف فى المجالات التجارية والاقتصادية الدوليـــة[١]،[٢].

وهو ما يظهر جليا فى نصوص اتفاقية إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار التى حرصت على إعطاء أطراف النزاع قدراً واسعاً من الحرية فى اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم ، لاسيما إذا ما أثير نزاع بشأنها وعرض الأمر على هيئة تحكيم المركز ، وهى الاتفاقية التى سنركز عليها فى هذا الجزء من الدراسة. ولم يقتصر ذلك على حريتهم فى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فحسب بل على إجراءات تسوية النزاع أيضـــــا ، وذلك لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحرية لأطراف العلاقـة

---

(١) M. Jacquet. Op. cit., P. 9- 10.

(٢) وقد كان المشرع المصرى من ضمن المشرعين الذين اهتموا بتقنين تلك القاعدة فنص عليها فى المادة ١٩ من القانون المدنى الحالى إلا أنه وضع صيغة مرنة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل فى حركة الفقه وجاء النص كمايلى "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد. هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه. وفى تفسير القضاء لهذا المبدأ رجعنا إلى :
h. Batiffol: L'affrmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence francaise' choix d'articl, 1976. P 265.

وتحديد الإطار المناسب الذى سيتم فى نطاقه تسوية نزاعهم[1].

فقد نصت المادة ١/٤٢ فى فقرتها الأولى على أن " تفصل المحكمة فى النزاع المعروض عليها وفقاً للقواعد القانونية التى اتفق عليها الأطراف فإن لم يوجد اتفاق فللمحكمة أن تطبق قانون الدولة الطرف فى النزاع شاملاً قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولى ومؤدى ذلك أن للأطراف اختيار نظام قانونى متكامل لكى يطبق فى التحكيم بينهم، أو أن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية. فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف اختيار النظام القانونى لأى من الطرفين ، أو كليهما ، أو حتى قانون دولة ثالثة وعلاوة على ذلك يمكنهم الاتفاق على فض منازعاتهم طبقاً للمبادئ العامة للقانـون

---

(١) حددت الاتفاقية فى المادة ٢٥ حدود اختصاص المركز الدولى حيث جاء نصها كالتالى " يمتد اختصاص المركز إلى أى نزاع قانونى ينشأ مباشرة عن عقد استثمار بين دولة متعاقدة أو هيئة أو جهة إدارية تابعة للدولة المتعاقدة على أن تكون محددة لدى المركز بمعرفة الدولة المتعاقدة ومواطن ينتمى لدولة أخرى متعاقدة ، شرط أن يتفق الأطراف على عرض نزاعهم على المركز كتابة " .
ولا يعد تصديق الدولة على الاتفاقية المنشئة للمركز إلزاماً لها بعرض أياً من منازعاتها مع مواطنى الدول الأخرى على لجنة التوفيق أو هيئة التحكيم التابعة له .
ومع ذلك فإذا قبل كل من الدولة والشخص الأجنبى اختصاص المركز بنظر نزاع ما فإن هذا القبول لا يمكن الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأياً منهما (أنظر المادة /٢٥ فقرة أولى من الاتفاقية) سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء نظر النزاع .
ويؤدى قبول الاختصاص إلى استبعاد طرق التسوية الأخرى ، وطنية كانت أو دولية (م/٢٦ - ١ من الاتفاقية) إلا إذا كان هناك تحفظ مسبق من الدولة بأن على المتنازعين معها استنفاد طرق الطعن الداخلى (م/٢٦ فقرة ٢) أنظر نزاع :
ALCOO Minral of Jamica lmc . V . Government of Jamica ,1974 .
حيث رفضت المحكمة الاعتداد بإعلان جاميكا المتعلق باستبعاد منازعات الاستثمار التى تتصل بمصادرها الطبيعية من نطاق ما تقبل إخضاعه لاختصاص المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بعد أن كانت قد قبلته دون تحفظ . الحكم منشور فى :
Icsid Cases 1972 - 1984 , July , 1987 , p. 4.

أو بعض القواعد السائدة فى نظام قانونى معين[١].

ويستخلص من ذلك أن الفقرة الأولى من المادة /٤٢ قد قدمت مبدأ سلطان الإرادة باعتباره المبدأ الأساسى الذى يحكم القانون الذى تطبقه محكمة التحكيم[٢].

فإذا ما اختار الأطراف قانون دولة بعينها ، يثور التساؤل عما إذا كان هذا الاختيار يشير إلى هذا القانون وقت انعقاد عقد الاستثمار ، أو فى الوقت الذى يكون عليه وقت انعقاد هيئة التحكيم ؟ .

وتتوقف الإجابة على هذا التساؤل على ما إذا كان الأطراف قد ضمنوا اتفاقهم شرطاً يقضى بتجميد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم فيما يسمى بشرط التثبيت التشريعى Stabilzation Clause [٣] أم خلا اتفاقهم من مثل هذا الشرط . فلو أن الأطراف لم

---

(١) الدكتور . جلال وفاء محمدين . التحكيم تحت مظلة المركز الدولى لفض منازعات الاستثمار ICSID بحث مقدم إلى ندوة أهمية الالتجاء إلى التحكيم التجارى بالمنطقة بدلاً من التحكيم فى دول الغرب . المركز الدولى للتحكيم التجارى بالاسكندرية . جامعة الاسكندرية فى ١٠/١٩ ١٩٩١ . ص ٨٦

(٢) G. R . Delaume : The pyramids stand , the pharohs can rest in peace., icsid . rev ., vol . 8 . N . 2 . 1993 , p.321 . spec . p. 241 . see Brochs : The convention on the settlement of lnvestment disputes between states and national of other states : Applicable law and default procedure , in international arbitration : Liber amicorum for martin domke p. sanders ed , 1967 . p. 21 & 17 see also Goldman . le droit applicable selon la convention de la B . I . R . D . du 18 mars 1965 , pour le reglement des differends relatifs aux lnvestissements entrs etats et ressortisants d' autres etats . in lnvestissement etrangers et arbitrage entre etats et personnes privees : La convention B . I . R . D . du mars 1965 . ed . 1969 . 133 & 144 .

(٣) فى شرط التثبيت التشريعى والمشكلات التى يثيرها بشأن المساس بالسيادة الوطنية رجعنا إلى :

يضمنوا اتفاقهم مثل هذا الشرط ، فإن على هيئة التحكيم تطبيق القانون الوطنى المختار بالحالة التى هو عليها وقت أن دعيت المحكمة لإصدار هذا التحكيم أما إذا تضمن الاتفاق هذا الشرط فإن القانون الواجب التطبيق يكون هو ذلك الموجود وقت انعقاد اتفاق الاستثمار[١] .

ويفهم من ذلك النص أيضاً إن واضعوه قد استبعدوا أحد الأفكار الحديثة التى يطلق عليها نظرية العقد بلا قانون Cantrat Sans Loi [٢] التى مؤداها أن للدولة والمتعاقد الخاص الأجنبى أن يدرجوا بعقدهم تنظيماً كاملاً مفصلاً لكافة جوانب علاقاتهم ، بحيث يلجأ إلى هذا النظام تماماً عند حدوث أى نزاع ودون الرجوع إلى أى نظام قانونى آخر بحيث يعتبر عقدهم اتفاق إطار بين أطرافه chart - cadre وبحيث يفلت حتى فى تفسيره من تطبيق أى نظام قانونى سواء كان وطنياً أو دولياً[٣] ومن ثم إذا عرض الأمر على هيئة تحكيم

P . Weil : Les Clauses de Stabilzation ou d'intengibilite Inserees dans Les Accords de developpment economique . Melanges Ch. Rousseau, Paris , p.301 .

N . David , Les Clauses De Stabilite de les contrats Petroliers , 1986 p. 79 .

وكذلك أستاذنا الدكتور أحمد عبد الكريم سلامه . شروط الثبات التشريعية فى عقود الاستثمار والتجارة الدولية . المجلة المصرية للقانون الدولى مجلة رقم ٤٣ . ١٩٨٧ . ص ٨٧ . وأنظر أيضاً رسالتنا السابق الإشارة إليها . ص ٦٢٣ .

(١) الدكتور/ جلال وفائى ، مرجع سبق ذكره.

(٢) Cf. Mario Amadio : Le Contentieux international De L' Investissement Prive et La Convention De La Banque Mondial Du 18 Mars , 1965 . p. 179 . V . Bourquin , Arbitration And Economic Devldpment Agreements , The Business Lawyer , 1960 ,. p. 860 .

(٣) فى فكرة العقد بلا قانون أستاذنا الدكتور / أحمد عبد الكريم سلامة . نظرية العقد الدولى الطليق . بين القانون الدولى الخاص وقانون التجارة الدولية . دراسة تأصيلية انتقادية .

المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار فإن على المحكمة أن تبحث عن الإرادة الصريحة للأطراف فى اختيار قانون ما فإن لم تجد فعليها أن تبحث فى إرادتهم الضمنية دون أن تكتفى بما ورد فى المشارطة العقدية ذلك أن العقد لا يمكن أن يوجد فى فراغ على حد تعبير المحكم فى تحكيم أرامكو[١] ، بل يجب أن يعتمد على قواعد نظام قانونى معين لتمنح الأطراف الحرية فى التعاقد واختيار القانون الواجب التطبيق.[٢]

فإن لم يختر الأطراف أحد النظم القانونية الوطنية ليكون هو القانون الواجب التطبيق على علاقتهم ، فقد يختارون قواعد القانون الدولى لحكم العلاقة.[٣]

فهل هناك مجال لتطبيق القانون الدولى[٤] فى ظل تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١/٤٢ ؟؟

أن لمحكمة تحكيم المركز أن تطبق القانون الدولى وإن لم تشر إليه المـــادة ١/٤٢ فى فقرتها الأولى باعتبار أن ذلك من مستلزمات

دار النهضة العربية ١٩٨٩ حيث وجهت إلى هذه الفكرة انتقادات حادة مجملها أنها تضع العقد والمحكمة فى حلقة مفرغة .

(١) Aramco V . Saudi Arabia, I .L . R . 27 . 1963 p. 156

(٢) Voir B . Batiffol : " Rev . Crit . Dr . Int. , p. 1964 , N. 4, p.655

(٣) وقد تختاره المحكمة.

(٤) " يقصد بالقانون الدولى : مجموعة القواعد العرفية والمعاهدات ، لاسيما تلك التي تتصل بالتجارة الدولية والملاحة واتفاقيات حماية وتشجيع تبادل الاستثمارات الأجنبية".

فى دراسة هذه الإتفاقيات:

R . Preiswerk : La protection des Investissments prives dans les traites bilatraux , zurich , 1963 .

ورسالتنا للدكتوراه مرجع سبق ذكره . ص ٨٧٧ - ٩١٩ .

وجودها كهيئة أنشئت للفصل فى نزاع متعلق بعقود الاستثمار الدولى، وإن فى ذلك وسيلة للحماية الدولية للاستثمار [١] وهو الاتجاه الذى يلقى تأييداً من جانب بعض الفقه وإن اختلفوا فى تبرير ذلك .

ويــرى الــبعض الآخــر أن لــلمحكمة أن تــأخذ قواعــد القــانون الــدولى فى الاعتــبار لتوضــيح أو تكمــلة القــانون الوطــنى الواجــب التطــبيق وإن كــان هــذا الأخيــر مخــتاراً مــن أطــراف النزاع [٢].

ويضيف رأى ثالث أن تطبيق القانون الدولى رغم عدم النص عليه فى الفقرة الأولى من المادة ١/٤٢ يظل ممكناً فى حالة كون القانون الذى اختاره الأطراف هو قانون الدولة المضيفة ، إذا ما غيرت هذه الأخيرة قانونها لإنكار أو للإنقاص من حقوق المستثمر . وبعبارة أخرى فإن قواعد القانون الدولى قد تطبق باعتبارها جزء من قانون الدولة المضيفة . وتلك هى وجهة النظر التى نجدها واضحة

---

(١) See A . Broches : the convention on the settlement of Investment disputes between states and national of other states ,RCAD I., vol . 136 . 1972 p.331 spec . p. 389

وكذلك :

Lauterpacht : The world bank convention on the settlement of international investment disputes . in recueil d' etudes de droit international en hommage a paul guggenheim ,, 1968 . p. 658 .

(٢) B. Goldman : Le droit Applicable selon la convention de la B .I . R . D .. du 18 Mars 1965 . pour le reglement des differnds relatifs aux investissements entre etats et ressortissants d' autres etats , dans . investissements etrangers et arbitrage entre etats et personnes prive : La convention B . I . R . D . du 18 Mars 1965 . 1969 . p. 151.

فى تحكيم شركة أمينويل للبترول سنة ١٩٨٢ [١] وتحكيم شركة ليتكو[٢] ، الصادر عن إحدى هيئات المركز الدولى .

ولا يعنى تطبيق قانون ما فى النزاع أن تستبعد الأحكام التى تضمنتها بنود المشارطة العقدية ، بل على العكس ، فإن تطبيق هذه الأخيرة يعد أمراً جوهرياً ، تنص عليه كل النظم القانونية ويمثل مبدأ عاماً ، فيما يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه ولا تعديله[٣].

وعلى ذلك فإن سلطة المحكمة فى التصرف تأتى على مرحلتين :-

(أ) ففى المرحلة الأولى يجب أن تتحقق المحكمة مما إذا كان الأطراف قد عبروا عن إرادتهم صراحة واتفقوا على قواعد القانون الواجب التطبيق فى النزاع. فإن ثبت لها ذلك وجب عليها أن تلتزم بما اختاره الأطراف. إذ أن مخالفة هذه الإرادة سيعد تجاوزاً وتعسفاً من المحكمة فى استخدام سلطتها

---

(١) Government of the state of Kuwait V. american independent oil company (Aminoil) award of march 24 . 1982 , I . L . M . , vol . 21 . 1982 . p.976 . 1001.

(٢) سيرد بيان هذا الحكم.

(٣) أنظر مثلا نص المادة/٧ من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى التى نصت على أن :

" .... Les Arbitre ... Tiendront Compte des Stipulations du Contrat ..."

الاتفاقية الأوربية (اتفاقية جنيف) وضعت لتكمل اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٦ وبصفة خاصة لتسهيل العلاقات التجارية بين الشرق والغرب وإن كان نطاق تطبيقها أضيق من اتفاقية ١٩٥٦ حيث لا تطبق إلا إذا كان المتنازعين متوطنين فى الدول الموقعة على الاتفاقية أنظر :

W . Laurance Craig & others : international chamber of commerce Arbitration . 1985 Oceana . pub . inc .

Manifest excess of power بالمعنى الذى قررته المادة ١/٥٢ من الاتفاقية ، الأمر الذى يعرض حكمها للإلغاء.[١]

(ب) ولا تقوم المحكمة - فى المرحلة الثانية - بتحديد القانون الواجب التطبيق إلا إذا توصلت بعد بحثها إلى أن الأطراف لم يستخدمـــوا إرادتهم للتوصل إلى اتفاق صريح حول هذا القانون.

وتشير معظم الأحكام المنشورة عن المركز الدولى لمنازعات الاستثمار فى بداية عمله ، على خلاف الحديث منها ، إلى كثرة حالات تحديد القانون الواجب التطبيق بواسطة المتعاقدين وأن اختيارهم كان يتجه عادة إلى تطبيق القانـــون الوطنى للدولة الطرف فى النزاع[٢] مع النص – فى غالب الأحوال - على تجميده أو تثبيته Frozen or Stablized لأسباب مختلفة[٣] .

---

(١) See decision of the adhoc commitiee of december 14 . 1989 . in the cas of MINE V . Guinea . ICSID case ARB/ 48/ 4) . ICSID REV . No 5 .1990 . 95 & 104 see also Broches : observations on the finaliy of icsid awards . ICSID Rev . no . 6 . 1991 . 321 & 328 – 329.

(٢) See Broches : the convention on the settlement of investment disputes between states and national of other states , RCAD I., vol . 36 . 1972 p.331 – 390.

(٣) See e . g . , in the case of Moibl oil corp . V . New Zealand government (icsid case no . ARB / 87 12) . art . vii , para of the participation agreement of jnuary 12 . 1982 which provides .
"an arbitral tribunal shall apply the law of New Zealand ICSID rev . no . 2 (1987) p. 502 .
وقد سوى هذا النزاع ودياً
See ICSID cases doc . ICSID / 16 / rev . 2. at 19 (nov . 15 . 1991)
وقد يشير الاتفاق إلى القانون الدولى

ويمكن أن نرى نموذجاً واضحاً للاتفاق الصريح لأطراف النزاع على القانون الواجب التطبيق فى التحكيم بين شركة أجيب Agip ضد الكونغو حيث اتفق الطرفان على أن تسوى الخلافات التى قد تنشأ بينهما بشأن تطبيق أو تفسير عقدهما تسوية نهائية وفقاً لاتفاقية المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطنى الدول الأخرى ، من خلال هيئة تحكيم من ثلاثة محكمين يختارون وفقاً لأحكام الاتفاقية ، على أن تطبق الهيئة القانون الكونغولى مستكملاً فى حالة الضرورة بأى من مبادئ القانون الدولى العام[١]. ومن ثم فقد طبقت هيئة تحكيم المركز قواعد النظام القانونى لدولة الكونغو للفصل فى النزاع المعروض عليها .

وأحياناً لاتكون الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق واضحة بما يكفى، وذلك عندما لا يتفق الأطراف على نص واضح express stipulation وإنما يكتفون بالإشارة إلى إطار قانونى عام فى ديباجة الاتفاق أو فى أى مكان آخر من بنوده ، مثل الحالة التى عرضت فى

See Agip , s . p a . . V . Government of the peoples republic of congo , (ICSID cas no ARB / 177 / 1) . award of nov . 30 . 1979 . para . 43 . I . L . R . 1984 . p. 318 .

People's republic of Congo (ICSID case no ARB ./ 77 / 1) . award (١) of nov . 30 , 1979 I . L . M . , July 1982 . Vol XXI , p. 727 .
سجلت هذه القضية بسكرتارية المركز فى ١٩٧٧/١١/٤ .
فى التعليق على الحكم:

G. R. Delaume : How to draft an ICSID arbitration clause ,ICSID rev . , 1992 p. 168 - 187 .

تحكيم ليتكو[١] .

ففى تحكيم شركة ليتكو ضد حكومة ليبيريا ميزت المحكمة بين القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وذلك الذى يجب تطبيقه على موضوع النزاع .

فبالنسبة للإجراءات :

طبقت هيئة التحكيم نص المادة /٤٤ من الاتفاقية[٢] والتى أوجبت تطبيق أحكام الاتفاقية على المسائل الإجرائية على أن تستكمل بقواعد القانون الدولى إذا وجد نقص فى هذه الأحكام باعتبار أن أطراف النزاع لم يتفقوا على غير ذلك . مستندة بذلك على نص الفقرة الثانية من المادة ١/٤٢ .

وبالنسبة لموضوع النزاع :

فقد بدأت المحكمة ببيان أن الفقرة الأولى من المادة ١/٤٢ من الاتفاقية قد قننت مبدأ سلطان الإرادة حين بحثت فى العلاقة محل النزاع وانتهت إلى أن اتفاق الامتياز المبرم بين الشركة والحكومة

(١) Liberian eastern timber corpor ation (LETCO) V . Government of the republic of liberia , icsid cas no ARB / 38 / 2 , award of march 31 , 1986 . I . L . M . 26 . 3 . may 1987 . p. 647 . 658 .
سجل هذا الطلب لدى سكرتارية المركز فى ١٩٨٣/٦/٢١ وصدر الحكم فيه فى ٣/٣١/ ١٩٨٦ وعدل فى ١٩٨٦/٥/١٤ .
ورغم أن شركة ليتكو (المدعية) لم تكن طرفا فى اتفاقيى إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار إلا أن المحكمة قضت باختصاصها بنظر النزاع باعتبار أن الشركة المدعية تنتمى لدولة طرف فى الاتفاقية (فرنسا).

(٢) تنص المادة /٤٤ على أن " يجب أن تتم إجراءات التحكيم وفقا لنصوص هذا الفصل ولوائح التحكيم السارية فى تاريخ قبول الأطراف التحكيم - وأن اختلف تفسير الك فى تحكيم هضبة الأهرام - إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك ، فإن ثارت أى مسألة إجرائية لا تغطيها القواعد المشار إليها ينعقد الاختصاص للمحكمة بالفصل فيها .

الليبرية إن هو إلا عقد مبرم وفقاً لقانون الأعمال العام الليبيرى[١]. آخذاً بما جاء بديباجة هذا الاتفاق واستدلت المحكمة من ذلك على أن الأطراف قد اختاروا صراحة تطبيق القانون الليبيرى على العلاقة وما قد ينشأ عنها من منازعات[٢].

وقد ذهبت هيئة التحكيم إلى أنه حتى لو استبعدت جانباً العبارة الغامضة (بشأن القانون الواجب التطبيق) الواردة فى ديباجة الاتفاق، فإن القانون الليبيرى سيكون هو القانون الواجب التطبيق على النزاع باعتباره قانون الدولة المتعاقدة .

إلا أن تساؤلاً أثير هنا عما إذا كان هذا القانون يطبق باعتباره القانون الذى اختاره الأطراف صراحة ، ومن ثم تطبق قواعده وحدها أم يطبق باعتباره القانون الذى اتجهت إليه ارادتهم الضمنية ، وبالتالى يرتبط تطبيقه بتطبيق قواعد ومبادئ القانون الدولى التى تقبل التطبيق ، اعمالاً للفقرة الثانية من المادة ١/٤٢ من الاتفاقية ؟

وانتهت هيئة التحكيم إلى تطبيق القانون الليبيرى التى رأت أن قواعده تتطابق وقواعد ومبادئ القانون الدولى[٣]،[٤].

الاتفاق على تفويض المحكمة فى تطبيق قواعد العدل والإنصاف :

قد لا يتفق أطراف التعاقد على تحديد قانون معين للتطبيق على العلاقة مفوضين الأمر إلى المحكمة التى يعرض عليها النزاع

(١) يقصد به المجموعة الليبرية الخامسة عشر للقوانين الصادرة سنة ١٩٦٥.
(٢) يلاحظ من الرجوع إلى جلسات هذا التحكيم أن ممثل الشركة المدعية كان قد انكر وجود اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق إلا أنه عاد وأظهر رضاءه بتطبيق القانون الليبيرى على النزاع . (أنظر جلسة الاستماع المنعقدة فى ١٩٨٥/١٢/٩) منشورة إلحاقاً بالحكم المشار إليه
(٣) I.L.M. op. cit, P. 657 & ss.
(٤) سنناقش كيفية تطبيق القانون الوطنى والقانون الدولى فى حالة عدم وجود اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق فى المبحث الثانى.

بموجب شرط صريح فى أن تصدر حكمها وفقاً لقواعد العدل والإنصاف[١] Lex aequo et bono (المادة /٤٢ الفقرة ٣) .

ويرى البعض أن النص على ذلك يجب أن يحسب ضمن مزايا نظام تحديد القانون الواجب التطبيق الذى تضمنته الاتفاقية ، حيث قننت أسلوبا مرنا لتسوية المنازعات . وإن شابهت فى ذلك بعض نظم الهيئات الأخرى للتحكيم ، كغرفة التجارة الدولية التى ضمت لائحتها للتوفيق والتحكيم نصاً مماثلاً فى المادة /١٩ منها تحت مسمى التسوية الودية Amiable Compoition .

ولنا أن نتساءل : هل معنى ذلك أن الاتفاقية تسمح للمحكمين بأن يحكموا وفق هواهم الخاص ؟ .

يغلب أن تطبق هيئة التحكيم نظام قانونى معين ويغلب أن يكون هو قانون الدولة المتعاقدة ذاتها فإن وجد المحكمون أن بهذا النظام نقص أو ثغرات فإنهم يبذلون جهدهم للتوصل إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع المعروض مستخدمين العدالة الطبيعية Justic Naturelle لتكملة العدالة القانونية . دافعهم فى ذلك أن مثل هذا الحكم لابد وأن يتم تنفيذه ، الأمر الذى يقتضى أن يكون مسببا ومستنداً إلى نظام قانونى ما . وإن لم يكن نظاماً قانونياً لدولة محددة[٢] .

ومع أن تنفيذ أحكام التحكيم التى تصدرها هيئة تحكيم المركز تحاط بهيبة خاصة إلا أن التسبيب والاستناد إلى فكر قانونى ما يظل أمراً ضرورياً للحفاظ على توازن المصالح بين الأطراف وتشجيـــع

---

(١) يلاحظ أن هذه الفقرة لم ترد ضمن المشروع الذى كانت قد قدمته دول أمريكا اللاتينية أثناء صياغة الاتفاقية المنشئة للمركز.

(٢) Voir. M. Amadio. Op. cit., . 181.

الاستثمار فى الدول النامية[١].

إذن فالفائدة التى نتصورها لهذا النص أنه يوسع من سلطات المحكمة ويعطيها حرية أكبر فى تسوية النزاع . فيستطيع المحكم عند اتفاق الأطراف على تفويضه فى ذلك ، أن يختار أى نظام قانونى يراه ملائماً للتطبيق ، ويستطيع أن يستخدم أساساً للتسوية يستمده من المبادئ العامة للقانون ، كما أن بإمكانه أن يوسع من نطاق تطبيق مبدأ قانونى معين أو تعديله ليناسب النزاع المعروض ، الأمر الذى يساهم بدوره فى تطوير القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الدولة للتنمية الاقتصادية[٢] .

أما بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات النزاع فلم تغفله الاتفاقية بل تضمنت النص على أنه يجب أن تتم إجراءات التحكيم وفقاً لنصوص هذا الفصل ، ووفقاً لقواعد التحكيم السارية فى تاريخ قبول الأطراف للتحكيم ، إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك ، وإذا ثارت أى مسألة إجرائية لم يتضمنها هذا الفصل أو قواعد التحكيم أو أى قواعد اتفق الأطراف على تطبيقها ، فإن المحكمة تختص بالفصل فيها[٣] .

وواضح أن لأطراف النزاع المعروض على تحكيم المركز الحرية فى اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم فيما بينهم ، ولاشك أن كل ماعرضناه بشأن حرية الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سيسرى هنا

---

(١) Ibid.
(٢) Ibid.
(٣) م/ ٤٤ من الاتفاقية.

، فإن لم يوجد اتفاق أو وجد ولكنه لم يكن كافياً لمواجهة إحدى المسائل الإجرائية التى طرأت فإن للمحكمة أن تفصل فيها .

فإذا لم يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق على علاقتهم فسيكون على هيئة التحكيم أن تقوم بهذا الاختيار ، وهنا يثور السؤال عمـــا هى الاحتمالات التى تواجهها المحكمة وكيف تقوم بهذا الاختيار؟ .

المبحث الثانى

تحديد القانون الواجب التطبيق فى غياب الإتفاق الصريح للأطراف

قد يعبر أطراف عقد التنمية الاقتصادية عن إرادتهم المتجهة صراحة نحو تحديد قواعد قانون معين بذاته لينظم علاقتهم التعاقدية وما ينشأ من آثار ، ويحدث فى بعض الأحيان أن يغفل المتعاقدون التعبير عن الإرادة فى صورة واضحة فيبرم عقدهم دون تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع[١] الذى قد ينشأ بينهم . وسواء كان هذا الإغفال مقصوداً أو سهواً من أطراف الاتفاق فإن على محكمة تحكيم المركز أن تفصل فى النزاع ، فإن لم يكن هناك تحديد صريح للقانون الواجب التطبيق بموجب شرط بالمشارطة العقدية ولانص فى قانون الدولة المتعاقدة ، فلا مناص من أن يحدد المحكم أو المحكمين هذا القانون باستخدام القواعد الملائمة لذلك .

---

(١) See J . D . M . Lew : Applicble Law In international Commercial arbitration , A study in Commercial Arbitration Awards , Oceana pub . New York . 1978 , p. 181 .

وكذلك :

M . Amadio: op . cit , p. 182 et suiv .

وهنا يجب أن نتسأل عما هى الكيفية التى تتبع فى هذا الصدد ؟

ونستعرض فيما يلى الحلول المقترحة لاختيار القانون الواجب التطبيق :

فمن الطبيعى أن تثير شروط التحكيم فى العقد الذى لم يحدد بدقة ووضوح القانون الواجب التطبيق كثيراً من التساؤلات عن ماهية القانون الذى يحكم مجرى التحكيم ، وخاصة فى حالة عدم النص عليه . فما هو أنسب قانون لحكم العلاقة العقدية Proper Law of The Contract والذى يجب على هيئة التحكيم - بصفة عامة - اتباعه فى إصدار حكمها الفاصل فى النزاع ؟

أولاً : بديهى أنه إذا كان التحكيم بين مواطنين يتبعان دولة واحدة وبشأن علاقة وطنية فى جميع عناصرها فإن المحاكم لن تجد أمامها سوى اختيار وحيد وهو : تطبيق القانون الوطنى للطرفين .

ثانياً : أما إذا كان التحكيم بين مواطنى دولتين مختلفتين أو بشأن علاقة ذات عنصر أجنبى فى موضوعها أو سببها فإن المحاكم سوف تختار من بين قوانين الدول ذات الصلة بالنزاع حتى تصل إلى قانون الدولة الأكثر صلة به فتطبقه أو تتجه إلى تطبيق قانون دولة مقر التحكيم Lex arbitri فإن رأت المحكمة استبعاد هذا الاحتمال الأخير ووجدت أن عليها اتباع الاختيار الأول فإن عليها أن تتبنى إحدى نظريتين أو أحد نظامين :-

١- النظام المتبع فى النظم القانونية الأنجلو - أمريكية أو نظام القانون العام Common law Countries الذى يقتضى فى حالة عـــدم الاختيار الصريح للقانون بمعرفة المتعاقدين أن تخضـع

العلاقة التعاقدية للقانون الأكثر صلة بها أيا كان هذا القانون[١] .

٢- النظام الفرنسى Civil Law Countries الذى يستُلزم لتطبيق أى قانـــــون أجنبى لدى المحكمة ألا يتعارض مع النظام العام Ordre Public [٢] حتى ولو كان التحكيم متعلق بعقد يتصل بدولة أخرى بصلة جوهرية[٣] .

<u>ثالثاً</u> : أما إذا كنا بصدد عقد من عقود التنمية الاقتصادية فلن تختلف المشكلة كثيراً إذا ما كانت هيئة التحكيم محكمة وطنية تتبع أياً من الطرفين .

وعلى غير ماسبق فإن الأمر يختلف إذا ما عرض النزاع على محكمة تابعة لإحدى هيئات التحكيم الدولى التى لاتمت بصلة لأى نظام قانونى تضعه إحدى الدول ، نظراً للطبيعة القانونية المختلفة للأطراف والخصائص المميزة لالتزاماتهم الناشئة عن عقدهم الذى يتميز هو أيضاً بطبيعة قانونية خاصة[٤].

---

(١) C . F . Russel J . Weintroub ., choice of Law contract , Iowa Law Review . Vol . 54 . No 3 , 1968 , p.399 - 400 .
ومثل ذلك أن المجموعة التجارية الأمريكية قد نصت فى المادة ١٠٥ من القسم الأول على مايلى :-
EXCEPT as provided here after in this section , when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation the parties may agree that the law either of this state or of such other state or nation shall govern thier rights and duties .
Failing such agreement this ACT applies to transaction bearinon appropriate relation to this state .

(٢) James R . lowe : Choice of law clause in international contracts - a practical approach , harvard int . L . J . , vol 12 ., 1971 , p. 3

(٣) Ibid. P. 12.

(٤) انظر فى التكييف القانونى لعقود الدولة " عقود التنمية الإقتصادية " د . صلاح الدين جمال الدين . عقود الدولة لنقل التكنولوجيا دراسة فى القانون الدولى الخاص . ط ١٩٩٥ . ص ٣١٩

وهنا يثور التساؤل عما هى المبادئ والقواعد القانونية[1] التى يمكن أن تقبل كقانون واجب التطبيق لإصدار حكم التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد الدولة فى حالة عدم تحديد ذلك القانون صراحة بموجب شروط العقد لاسيما إذا ما نشأ نزاع حول تنفيذ العقد، أو تفسير أو خرق شروطه ، أو إنهائه .. الخ .

وللإجابة على هذا التساؤل اقترحت حلول مختلفة واختيارات متعددة من الهيئات الوطنية والإقليمية والدولية المعنية بتسوية مثل هذه المنازعات ، ويمكن اجمال هذه الاقتراحات فى الاختيار بين :

القانون الوطنى للدولة المضيفة للاستثمار ، والقانون الوطنى للدولة التى ينتمى إليها المستثمر الأجنبى وقانون دولة مقر التحكيم والقانون الدولى العام بما فى ذلك المبادئ العامة للقانون والقانون عبر الدولى .

ولاشك أن الأخذ بأى من هذه الاقتراحات له مزاياه التى تحسب له وأوجه الانتقاد التى توجه إليه . إلا أن كلاً منها على حده قد لا يكفى لتقديم ما تبحث عنه هيئة التحكيم ومن ثم فمن الأفضل أن يلاقى النظام القانونى المختار قبول كل من الدولة المضيفة والمستثمر الخاص الأجنبى وأن تؤدى قواعد هذا القانون إلى التوصل إلى حكم

---

(1) فى التفرقة بين المبادئ والقواعد القانونية

See . Rosco pound : Hierarchy of sources and forms in different systems of law , Tulone law Aeview , N . 7 ., 1933 p.475 .

ويعرف المبادئ بأنها :

are outhoritative stating points for legal reasonig , employd continually and legitimately where cases are not covered by ryles in the norrower sense . use of such principles is squared with theory of law as a body of rules by assuming that they are used to discover the applicable rule .

أما القواعد فيعرفها بأنها

are precepts attaching a difinite , detailed legal conscqence to definite , datailed state of facte .

فاصل وعادل فى النزاع وإلا فإن تدفق الاستثمارات من الدول المتقدمة إلى الدول النامية سيتوقف ، الأمر الذى يعود بكثير من الآثار السلبية على تقدم الأنشطة الاقتصادية فى الدول المضيفة للاستثمار .

إذن فما هو أنسب الحلول لضمان هذا التدفق لتشجيع الاستثمارات الأجنبية ومن ثم التنمية الاقتصادية ؟

يمكننا أن نقسم النظم القانونية التى يمكن الاختيار بينها إلى ثلاثة أنواع على النحو التالى :-

١- اللنظم القانونية الوطنية. (١)

وتشمل القواعد الموضوعية ونظم تنازع القوانين فى كل من :

أ) القانون الدولى للدولة المضيفة للاستثمار .

ب)القانون الوطنى لدولة المستثمر الخاص الأجنبى .

ج)القانون الوطنى لدولة غير طرف فى العقد .

٢- القانون الدولى. (٢)

---

(١) فى اختيار أحد النظم القانونية الوطنية . أنظر
F .A . Mann : The law governing state cantract , B . Y . B . I . L ., XXI , 1944 , p. 1130 , the proper law of cantracts concoluded by internationl persons , B . Y . B . I . L ., XXX , 1959 , p.34 - 57 , reflections on a commercial law of nature , 13 . B . Y . B . I . L ., XXX 111 , 1957 , p. 20 - 51 , state contracts and state responsibilty A . J . I . L . , No 54 . 1960 , p. 572 - 591 ., state contracts and international arbitration , XVI , B . Y . B . I . L , 1967 , p. 5 - 15 . and Hyde . op . cit ., p. 287 - 305

(٢) فى اختيار القانون الدولى العام والمبادئ العامة للقانون كقانون واجب التطبيق على عقود الدولة انظر :

٣- القانون عبر الدولى Transnational Law ويشمل ذلك قواعد وأعراف التجارة الدولية[١].

إلا أن مبررات الاختيار والتفضيل بين هذه النظم القانونية ووجهة نظر واضعو اتفاقية انشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار يدعونا إلى أن نبحث فى المطالب الآتية :-

المطلب الأول

تطبيق أحد النظم القانونية الوطنية

إن أبرز الحلول التى تقترح فى حالة غياب الاتفاق الصريح للأطراف المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق ، هى ترك الحرية التامة للمحكم فى اختيار هذا القانون .

ويبرر ذلك بأن الأطراف باختيارهم المحكمة التى تفصل فى النزاع ، يفوضونها فى تحديد القواعد القانونية التى تسرى عليه .

G . W . Haight , the choice of public international law as the applicable law in the development contracts with foreign governments , ed . by John f . mc daniels , New york . Oceana pubblications , inc ., 1964 . p. 54 -60 . J . E . S . Fawcett , the legal characteristics of international agreements , vol . XXX , B . Y . B . I . L ., 1953 , p. 339 - 340 Hyde . op . cit , p. 306 - 331 .
Wilfred jenks , the proper law of international orgnizations/ Landon : Steven & sons ltd , p. 55 , 242 - 243 .

(١) فى اختيار القانون عبر الدولى والدفاع عنه .
Philip C . Jessup : A modern law of nations New York , mac millan , 1948 ch . 21 .
Also : C . F . Amerasinghe : State responsibility for injuries to aliens , London , Oxford university press , 1967 , p. 11 - 12 & 116 - 118 F . Lalive . contrcats between a state or a state agency and a foreign company , int . & comp. l . q . , vol . 13 1964 , p. 987 - 1021 .

وذلك هو الأسلوب الأكثر اتباعاً فى حالات إنشاء هيئات تحكيم المرة الواحدة adhoc فضلاً عن الأخذ به فى لوائح بعض هيئـــات التحكيم المؤسسى ، لاسيما فى لائحة محكمة التحكيم الأوربية[١] .

ولاشك أن فى اتباع ذلك الأسلوب مرونة تسمح للمحكمين بأن يأخذوا فى اعتبارهم الظروف المحيطة بالنزاع وفقاً لكل حالة على حده[٢] كأن يؤخذ فى الاعتبار جنسية الأطراف ، وصفتهم " من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص " وذلك هو الأسلوب الذى اتبع فى تحكيم أرامكو[٣].

وبديهى أن محكمة التحكيم لابد وأن تعتمد على معايير موضوعية فى بحثها عن ذلك القانون إلا أن تلك الحرية فى الاختيار قد تؤدى إلى حالة من عدم اليقين ومخالفة التوقعات المشروعة للأطراف وقد يسئ المحكم استخدامها .

لذلك فقد اهتم واضعو اتفاقية انشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بأن يقيدوا من هذا الإطلاق بوضع قاعدة موضوعية واضحة تضمنتها عبارات الفقرة الثانية من المادة ١/٤٢

---

(١) ذلك أنه على العكس من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية التى لم تتضمن نصاً واضحاً بشأن القانون الموضوعى الواجب التطبيق فى هذه الحالة ، فإن لائحة محكمة التحكيم الأوربية قررت فى المادة التاسعة أن تحدد المحكمة القانون الواجب التطبيق بمطلق حريتها ، فى حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديده أو اغفال ذلك التحديد تماماً. وتنص المادة ٧ من الاتفاقية الأوربية المبرمة سنة ١٩٦١ على أنه فى غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يطبق المحكمين القانون الذى تشير إليه قاعدة الإسناد التى يقدرون أنها ملائمة للتطبيق على النزاع .

(٢) أنظر فى أساليب فض تنازع القوانين وفكرة مراعاة الظروف المحيطة بالنزاع . أستاذنا الدكتور / فؤاد عبد المنعم رياض . تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى - دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ص ١٩ ، ٢٠ .

(٣) تحكيم أرامكو ضد السعودية – سبق الإشارة إليه.

التى قدمت قاعدة احتياطية لتواجه بها المحكمة الحالة التى يفشل فيها الأطراف فى وصف وتحديد القانون الواجب التطبيق[١] بحيث يلتزم المحكم فى حالة غياب الاتفاق الصريح من الأطراف بتطبيق :

- إما قانون الدولة المتعاقدة الطرف فى النزاع ، بما فى ذلك قواعده لتنازع القوانين .
- وأما قواعد ومبادئ القانون الدولى المتعلقة بالمسألة محل النزاع[٢] .

ومؤدى ذلك أن الاتفاقية قد افترضت أن سكوت الأطراف المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن يفسر باعتبار أن لإرادتهم الضمنية قد اتجهت إلى تطبيق القانون الوطنى للدولة المتعاقدة الطرف فى النزاع ، ثم إلى تطبيق القانون الدولى . ومن ثم أزالت هذه الاتفاقية غموض مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق فى غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف[٣].

وإذ أن بمعظم النظم القانونية الوطنية قصور فى القواعد اللازمة لتنظيم موضوعات عقود الدولة للتنمية[٤].

---

(١) See Broches : The convention ... , Supra

(٢) ينبغى أن ننوه هنا إلى اتفاق ذلك النص مع التوصية الصادرة عن الأمم المتحدة بشأن الحفاظ على السيادة الدائمة على مصادر الثروة الطبيعية برقم (XVII) 3081 والتى نصت على أن :

Dans le cas ou une outorisation sera accordee , les capitaux importes et les revenus qui en proviennent seront regis par les termes de autorisation , par la loi national en vigueur et par le droit international.

(٣) See Nogen S. Rodly : Some Aspects of the world Bank convention on the settlement of investment disputes .., Canadian year book of international law No. 4, 1966 . p. 57 .

(٤) See southern Pacific Properties (Middle East) Limited ICD|SID

وكانت الاتفاقية قد حظرت على المحكمين انكار العدالة non liquet [1] فقد أضافت الاتفاقية قواعد ومبادئ القانون الدولى المناسبة للتطبيق لترجع المحكمة إليها بعد البحث فى قانون الدولة الطرف فى النزاع لتكمل منها ما قد يوجد فى الأخير من أوجه نقص أو قصور .

ولم تقتصر الفقرة الثانية على الإشارة إلى القانون الوطنى فحسب بل أشارت إلى تطبيق القانون الوطنى بما فى ذلك قواعده لتنازع القوانين .

ومعنى ذلك أن المحكمة قد تصل إلى تطبيق قواعد نظام قانونى آخر تشير إليه قاعدة من قواعد الإسناد التى تضمنها القانون الوطنى للدولة الطرف فى النزاع ، سواء كان هذا النظام نظاماً قانونياً وطنياً أم كان هو القانون الوطنى ذاته[2] .

الأساس القانونى لتفضيل تطبيق النظام القانونى الوطنى للدولة المتعاقدة :

كان الفقه مستقراً فى بداية القرن العشرين على تأييد ما جرى عليه قضاء هيئات التحكيم وسانده رجال القانون السابقين خلال القرن التاسع عشر من تقرير أن العقود التى تبرمها الدولة مع طرف أجنبى ليس شخصاً من أشخاص القانون الدولى العام تخضع بالضرورة للنظام القانونى الوطنى الذى تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد المتعلقة بالعقود عموماً .

Cas No. ARB/84/3. Award of May 20, 1992, ICSID Rev. Vol. 8, N.2. 1993. p.328. para 34 .

(١) Art. 42 (1): Para (2).

(٢) J. Cherian, op. cit, P. 77.

والأغلب أن يكون هذا النظام القانونى الذى يحكم العلاقة العقدية هو قانون الدولة المتعاقدة بما فى ذلك قواعده لتنازع القوانين فى غياب الاختيار الواضح لقانون دولة أخرى .

وتلك هى الوجهة التى اتجهت إليها المحكمة الدائمة للعدل الدولى فى قضايا القروض الصربية والبرازيلية[١] .

وربما يصدق هذا الرأى بالنسبة لعقود الدولة للتنمية الاقتصادية بصورها المعروفة الآن حيث لا يبرم العقد بين دولتين من أشخاص القانون الدولى العام بل بين دولة وشخص آخر من أشخاص القانون الخاص " مستثمر خاص أجنبى " .

وافتراض أن تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار سيكون أكثر القوانين ملاءمة فى تسوية النزاع بينها وبين المستثمر الخاص الأجنبى الناشئ عن عقد من عقود التنمية الاقتصادية لابد وأن يجد له أساساً قانونياً يسانده ويمكن إجمال الاتجاهات الفقهية فى هذا الصدد فى اتجاهين أو نظريتين :

النظرية الأولى: **أنه القانون الأكثر صلة بالعلاقة التعاقدية** :

١- تنبع فكرة أفضلية تطبيق القانون الوطنى للدولة المضيفة للإستثمار باعتباره القانون الأكثر صلة The most substantial conection بالعلاقة[٢] من مصدرين أساسيين :-

---

(١) أنظر الدكتورة/ سامية راشد. دور المادة ٢٤ مدنى فى حل مشكلات تنازع القوانين – ١٩٨٥ – ص ٢٦-٢٧ . وكذلك :

Serbian loan case , P. C . I . J ., series no 20 , 1929 , p. 41 & the Brazilian loan case , P . C . I . J ., series No. 21 , 1929 , p. 121 .

(٢) لمناقشة تفصيلية أنظر :

S . T . L . Kelly , Localizing rules and differing approaches to the choice of law process , int . & comp . L . Quarterly , 18 , 1961, p.25 - 51 .

أولهما : أن الاستثمار وما ينتج عنه يتواجدان وجوداً مادياً على إقليم الدولة المضيفة[١]. فضلاً عن دخوله وارتباطه بوسائل النمو الاقتصادى فى هذه الدولة .

وثانيهما : أن مكان إبرام التعاقد فى العقود التى تبرمها الدولة يغلب أن يكون هو إقليم الدولة التى ستتم على أرضها عملية الاستثمار[٢] .

لذا فقد صار من المتفق عليه أن على المحكمة تحديد شروط صحة ابرام العقد محل التنازع بمساعدة قانون مكان إبرامه[٣].

ويؤدى قبول هذا المبدأ إلى اقتراح أنه يجب على المحكمة إذا ما عرض عليها نزاع ناشئ عن عقد من عقود التنمية الاقتصادية أن تبحث أولاً عن مدى ارتباطه بقانون الدولة المضيفة[٤] .

النظرية الثانية : الموافقة المفترضة للمستثمر :

ذهب بعض الفقهاء فى الدول النامية إلى أن اتجاه المستثمر للإستثمار فى الدولة المضيفة يتضمن فى العادة رضاء المستثمر

---

(١) F.Aron Broches : The convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states : applicable law and default procedure , in international arbitration liber amicorum for Martin Domke , ed by Pieter Sanders (Hague : Martins Nithoff , 1967 , p. 14 .

(٢) Hyde: op. cit, P. 293.

(٣) Ibid. P. 292.

(٤) See F.A Mann : The law governing stat contract , op . cit . p.11 & the proper law of contracts concluded . op .cit ., p. 41 .

وهو ما أيده البعض بقوله :

The proper law of the state contract with a foreign private party is normally the municipl law of the cantracting state , See R . Y . Jennings : State Cantracts in international law , XXX . vol 111 . 1961 p. 156 .

See also : Broches : International legal aspects of the operation of the world bank , R . C . A . D . I . T . 98 , 1959, P. 301.

بالاختصاص القضائى للدولة المضيفة وبتطبيق قانونها الوطنى فيما يتعلق بكل ما يختص باستثماره بما فى ذلك تسوية م اينشأ عنه من منازعات . وفى تبرير ذلك ذهب البعض إلى أنه من المنطقى أن يكيف المستثمر العادى نفسه مع قوانين الدولة التى يرغب فى الدخول معها فى علاقة تعاقدية . إذ أن له حرية كاملة فى قبول التعاقد ، فإذا ما أقدم على ذلك فإنه يرضى فى ذات الوقت بقبول الخضوع للقوانين الوطنية فى هذه الدولة وقت ابرام العقد

فهو فى الحقيقة حر الاختيار فى كلا الأمرين إلا أن كلاهما مرتبط بالآخر ارتباطاً وثيقاً ، فالاختيار الحر لأحدهما يرتبط ويتعلق بالاختيار الحر الآخر.

إذ يتضمن القانون البنود التى تحدد صحة ابرام العقد من عدمه ومتى تحدث مخالفته وكيفية تعديله . ولاشك أن المستثمر يقبل كل هذه النصوص[١] .

والاختيار الإرادى من المستثمر الخاص الأجنبى لأن يكون طرفاً فى عقد من عقود التنمية الاقتصادية قد يؤدى إلى افتراض أنه أخضع نفسه اختصاص قانون الدولة المضيفة لاستثماره فيما يتعلق بكل المسائل التعاقدية إلا إذا تضمنت المشارطة العقدية تحديداً لقانون آخر لحكم العلاقة.

ولذلك فإن افتراض تطبيق القانون الوطنى للدولة المضيفة يؤكد أن على هيئة التحكيم - إذا ما عرض عليها الأمر - أن تطبق القانـــون الوطنـــى للدولـة المضيفة وإنه لا يسمح لها بتطبيق أى

---

(١) See Amerasinghe. Op. cit. P. 68.

قانون آخر مادام العقد لم يتضمن اتفاقاً يخول لها أن تفعل ذلك[١].

ولكن إذا ما اختار الأطراف تطبيق القانون الوطنى للدولة المضيفة للاستثمار أو اختارته محكمة التحكيم ليحسم النزاع المعروض عليها ، هل تنتهى المشكلة ؟ .

إن استقراء الواقع يبين أن المشكلة لا تحسم فى كل الأحوال ، ذلك لأن من النظم الوطنية السائدة فى الدول الآخذة فى النمو مالم يصل بعد إلى أن يشتمل على المبادئ والقواعد القانونية التى تغطى الموضوعات التى قد تصبح مصدراً للمنازعات فى عقد من عقود التنمية الاقتصادية .

وهو ما اعلنته أحكام التحكيم البترولية المشهورة لاسيما فى تحكيم أبو ظبى[٢] حيث ذهب المحكم[٣] عند البحث عن القانون الواجب التطبيق إلى القول بأنه إذا كان هناك نظام قانونى وطنى واجب التطبيق فإنه سيكون فى المقام الأول قانون إمارة أبوظبى[٤] إلا أنه- وفقاً لرأى المحكم- لا يوجد قانون بالمعنى المفهوم فى هذه

---

(١) فى عرض هذه الوجهة من النظر التى تؤيدها بعض الحكومات
See A . Broches : The convention on settlement of investment disputes between states and nationals of other states - applicable law and default procedure , op . cit . p. 14 .

(٢) See Nwogugu E . I : The legal problems of foreign investment in developing countries . manchester univ . press . 1965 . p. 17 , & petroleum development (trucial coast) Ltd . and sheikh of Abu-Dhabi , 8 /8 /1951 , I . L . R ., vol . 18 . 1951 , p. 144 - 161 .

(٣) Lord asquith of bishop.

(٤) تلخص وقائع هذا النزاع فى أن حاكم الإمارة كان قد منح امتيازاً بتروليا فى عام ١٩٣٩ للشركة لتنقب عن البترول فى الإقليم البرى للإمارة بما فى ذلك الجزر والمياه الإقليمية التابعة له . ثم منح امتيازاً آخر لشركة أخرى للتنقيب عن البترول فى منطقة الجرف القارى ، حيث اعتبرت الشركة الأولى ذلك السلوك مخالفة للعقد مما دعاها لرفع الأمر للتحكيم فى الوقت الذى لم يكن يتضمن نصاً واضحاً فى شأن القانون الواجب التطبيق .

الإمارة حيث يقضى الشيخ فى المنازعات مستخدماً نصوص القرآن ، وإنه لا يمكن أن يعثر فى هذه النصوص على إطار من المبادئ القانونية التي تصلح للتطبيق على أدوات العلاقات التجارية الحديثة[١] مستبعداً بذلك ما تؤدى إليه قواعد الإسناد المألوفة فى مجال العقود ذات العنصر الأجنبى[٢] وهكذا فإن المحكم رغم اقراره بأولوية القانون الوطنى للإمارة للتطبيق إلا أن القانون لم يكن يتضمن أى قاعدة يمكن تطبيقها على موضوع النزاع الناشئ عن عقد من عقود التنمية الاقتصادية[٣].

ويكشف لنا هذا الحكم نوع الصعوبة التى يمكن أن يقابلها المحكم إذا ما تم الاعتماد كلياً على النظام القانونى الوطنى للدولة المضيفة ومن ثم تظهر أهمية البحث عن النظم القانونية الأخرى التى يمكن أن تكون محل اعتبار لدى محكمة التحكيم فى مثل هذه الحالات. وهو ما يدعونا إلى استخلاص أن وجهة نظر الدول التى ترى فى القانون الوطنى للدولة المضيفة القانون الوحيد الذى يحسم المنازعات المعروضة على التحكيم ، لم تلق قبولاً كاملاً أو مجمعاً عليه[٤].

هل لهيئة تحكيم المركز الدولى سلطة استبعاد تطبيق القانون الوطنى ؟

(١) حكم تحكيم ابوظبى سبق الإشارة إليه. ص ١٤٩.

(٢) الدكتورة/ سامية راشد المرجع السابق . ص ٤٦.

(٣) ومن ثم انتهى إلى تطبيق المبادئ المستقرة فى ضمير الأمم المتحضرة.

Principles rooted in the good sense and comoun practice of the generality of civilized nations .

باعتبارها جزء من القانون الطبيعى.

(٤) فى نظر المحكمين الدين أصدروا أحكام التحكيم الشهيرة اللاحقة على أحكام المحكمة الدائمة للعدل الدولى ، من دعاه تدويل عقود الدولة

يرى البعض أنه فى حالة غياب اتفاق صريح بين الأطراف على اختيار قانون معين ، وإن كان على هيئة التحكيم أن تطبق قانون الدولة المضيفة أو الطرف فى النزاع ، إذا كان هذا الأخير يخالف قواعد القانون الدولى[١].

ذلك أن الإشارة إلى تطبيق القانون الوطنى للدولة المتعاقدة والطرف فى النزاع لم يأت من فراغ ولم يكن مطلقاً من كل قيد وانما جاء نتيجة لخضوع له نتيجة لخضوع الطرف العام المتعاقد لذلك القانون الذى يحدد شروط تحديد من هو الأجنبى وما هى حقوقه فى مثل هذا التعاقد ، فى ظل القواعد العرفية للقانون الدولى المعمول بها فى هذا الشأن فضلاً عن القواعد الاتفاقية فى المعاهدات الدولية واتفاقيات تشجيع الاستثمار .

والحقيقة أن تفسير مفهوم قواعد القانون الوطنى الواجبة التطبيق فى مختلف نظم تنازع القوانين بشأن العقود لا يخرج عن أمرين :

١- أما أن يكون قانون محل ابرام العقد .

٢- وأما أن يكون قانون محل التنفيذ[٢].

وبديهى أنه فى حالة ابرام عقود التنمية الاقتصادية التى ينتج عنها نشاط للمستثمر فى الدولة المضيفة سيؤدى كلا التفسيرين لصالح قانون الدولة المضيفة ، حيث يغلب أن يبرم العقد فضلاً عن

---

(١) الدكتور/ جلاء وفاء. المرجع السابق ص ٨٧.

(٢) Batiffol : Les Conflits de lois en matiere de contracts, Paris, 1938, p. 85 et s.

تنفيذ ما يرتبه من التزامات فى اقليم تلك الأخيرة[١] ، ومن ثم ندرك أن الاتفاقية لم تفعل سوى تقنين الواقع العملى .

وهنا يثور تساؤل آخر هل يمكن لهيئة التحكيم أن تطبق القانون الوطنى لدولة المستثمر ؟

ذهب اتجاه الفقه إلى أن القانون الواجب التطبيق فى التحكيم يجب أن يكون هو القانون الوطنى لدولة المستثمر لاسيما فى المنازعات التى تنشأ عن اتفاقات القروض الدولية والتى تصنف ضمن اتفاقات التنمية الاقتصادية . فإذا افترضنا أننا بصدد عقد قرض بين هيئة عامة مصرية ومؤسسة مالية أمريكية ، وتضمن اتفاقاً على تطبيق قوانين الولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها هى الواجبة التطبيق فى تسوية المنازعات التى تنشأ بين الطرفين . فإن مؤدى هذا أن نيتهم قد اتجهت إلى تركيز العلاقة فى اطار النظام القانونى لهذه الدولة ، وهو ما يشير بالضرورة للرابطة الوثيقة التى تربط بين هذا النظام القانونى وتلك العلاقة[٢].

ورغم أن هذا الحل قد يبحث أيضاً من المحكمين حينما لا يتضمن العقد تحديداً واضحاً للقانون الواجب التطبيق إلا أنه غير مقبول لدى الدول النامية التى تؤكد باستمرار - وعلى نطاق واسع - على تطبيق قانونها الوطنى وتنظر بحساسية شديدة إلى الخضوع لقانون دولة أخرى وخاصة قانون دولة المستثمر .

والحقيقة أن واضعى الاتفاقية قـــد استبعدوا هذا الاحتمال من

---

(١) أنظر فى هذا الاتجاه التفسير الذى انتهى إليه المحكم فى تحكيم أرمكو المنشور فى I.L.R, Vol. 27. 963 P. 117 – 233.

(٢) See C . J. Olmstead : Economic development agreements , part .II ., california law wev ., 49 , 1961 , p. 514 .

التطبيق فى المنازعات التى تعرض على هيئة تحكيم المركز فى غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف .

ويرجع ذلك إلى أن تطبيق هذا القانون يعترضه عائقان أساسيان :-

الأول : يرجع إلى أن طبيعة ما يقدمه المستثمر نفسه من مال أو تكنولوجيا ، يتميز بكونه منقول غير ثابت فضلاً عن احتمال تعدد مقدمى هذه العناصر ممن يتقدمون للتعاقد فى ذات المشروع (سواء كانوا أفراداً طبيعيين أو معنويين أو كليهما) .

ولاشك فى أن وحدة الإدارة العقدية يقتضى وحدة القانون الذى يحكمها ، الأمر الذى يخلق مشكلة فى الاختيار والتفضيل بين عدة نظم قانونية وطنية .

الثانى : يرجع إلى طبيعة الدولة أو الشخص المعنوى المتعاقد . حيث يصعب تصور اخضاعه لقانون دولة أخرى دون وجود اتفاق صريح على ذلك .

إذ إن النشاط ينفذ على إقليمه الوطنى وفى اطار قوانينه لاسيما ما يتعلق منها بالنظام العام والقواعد ذات التطبيق الفورى[1] التى يلزم تطبيقها اعمالاً للقواعد العامة . ذلك أنه لا يمكن أن نتصور استبعاد تطبيق مثل هذه القواعد من النطاق الأصيل لتطبيقها لاسيما وأنها تتصل بسياستها الاقتصادية والاجتماعية دون أن يتعرض تنفيذ العقد لعوائق جسيمة تفقده قيمته .

---

(١) Voir . Van Hecke : Problemes Juridiqus des emprunts internationaux. 2end . 1964 , p. 125 .

مدى إمكانية تطبيق القانون الوطنى للدولة مقر التحكيم

اقترح البعض تطبيق قانون دولة أخرى إذا مالم يطبق قانون أى من الدولة المضيفة ودولة المستثمر الأجنبى . سواء لعدم الاتفاق على ذلك أو لوجود ثغرة فى النظام القانونى الواجب التطبيق[١].

ويغلب أن يكون هذا القانون هو قانون دولة القاضى LEX FORI ، الذى يمكنه أن يلعب دوراً كبيراً لاسيما وأنه يحكم اجراءات تكوين المحكمة واستمرارها فى نظر النزاع[٢].

إلا أن هذا الحل لاقى بدوره انتقاداً يقلل من قيمته ، حيث ذهب البعض إلى أنه وإن كان هذا الاتجاه يقدم حلاً سهلاً للخروج من الصعوبات العملية والنظرية للبحث عن القانون الواجب التطبيق فى التحكيم الناشئ عن عقد من عقود التنمية إلا أن مثل هذا الاتجاه سيؤدى إلى نتائج غريبة[٣] ويظهر ذلك جلياً من الرجوع إلى أحكام

---

(١) See F . A . Mann : Lex Facit Arbitrum International Arbitration: Liber Amicorum For Martin Domke, op . cit , p. 160 & p. 164 ., also , State Contracts And International Arbitration, B . Y . B . I . L ., Vol . XLII , 1967 , p. 6 -7 .

وفى قاعدة أن من يختار قاضيه يختاره قانونه .

See also H . Batiffol : Droit International Prive., T . 11 / p. 240 . H. Cattan . op . cit , p. 99 .

وكذلك

Lord A . D . MC Nair , The General Principle of law recognized by Civilized Nations , B . Y . B . I . L . 1957 . p. 96 .

Ph . Fouchard , L' Arbitrage Commercial international , Paris Dalloz ,1965 ., p. 300 et Suiv .

(٢) Mann, Lex Facit, .., op. cit. P. 164.

(٣) See J . F . Lalive : Contracts between a state or a state agancy and a foreign company,I . C . L . Q .,13 . 1994- p. 987 spec . p. 995

التحكيم فى تحكيم أرامكو[١] وتحكيم سفير[٢] .

فضلاً عن أن هذا التطبيق يثير اعتراضاً آخر بالنسبة للعقود التى تبرمها الدولة:

إذ كيف لدولة ذات سيادة أو هيئة عامة تابعة لها وتتمتع بالحصانات السيادية أن تخضع لنظام قانونى أجنبى ؟

ففى معظم النظم القانونية الوطنية لايمكن أن يتخذ إجراء ضد الدولة وتابعيها المتمتعين بالحصانة إستناداً إلى مبدأ الحصانات السيادية .

إلا أن هذا الاعتراض قد لا يكون مقبولاً إلى حد ما فى الوقت الحالى لاسيما وأن الدولة قد صارت تقبل إخضاع منازعاتها لقانون دولة مقر التحكيم فى بعض الأحيان[٣].

وأياً ما كان الأمر فقد لوحظ أن التحكيم الناشئ من منازعات عقود الاستثمار ليس بالتحكيم بين الدول ، وإن الدولة مقر التحكيم ليست طرفاً فى العقد ولا فى النزاع ولتطبيق قانونها المحلى يلزم إخضاع الدولة الطرف فى التعاقد لسيادة المشرع فى دولة أخرى وهو ما يخالف الحصانات السيادية التى تتمتع بها الأولى[٤].

والحقيقة أنه وإن كانت هذه وجهة نظر العديد من الدول النامية فأن اختيار المحكمة تطبيق قانون مقر التحكيم لايتم دون بعض القيود

---

(١) Aramco V. Saudi Arabia. I.L.R.. 27, 1963, P. 156.

(٢) Saphir- Nioc Arbitration, I.C.L.Q., 13. 1964, P. 1011.

(٣) See : A .V. Dicy and J . H . C . Morris : The conflict of laws . 9th . ed ., London . Sweet and Maxwell . p. 589 . Sentence cci . No893 de 10 March 1955 . doc . 410 / 330 Sentence cci / No 1022 de 10 Sept. 1959 . doc . 416 . 658 .

(٤) Maurice Bourquin ., arbitration and economic development agreements , business lawyer , Vol . 15 , p. 871 .

والحدود إذ لا يطبق هذا النظام إلا فى حالات استثنائية مثل وجود ثغرات أو عدم وجود اختيار للقانون الوطنى الواجب التطبيق على النحو سالف ذكره . وفى ظل هذه الحدود يمكن قبول وجود قواعد أو مبادئ قانونية أخرى لتطبق فى التحكيم بين الدولة والمستثمر الأجنبى بعيداً عن القانون الوطنى لأى من هذين الطرفين أو حتى قانون مقر التحكيم.

وقد راعت الاتفاقية وجهة نظر الدول النامية وبعض أحكام التحكيم فأخذت فى الاعتبار أن اختيار مكان التحكيم يخضع لرغبات الأطراف أو هيئة المحكمة دون أن يتضمن أى مضمون أو إشارة إلى الرغبة فى تطبيق القانون المحلى لمكان انعقاد هيئة التحكيم . ومن ثم اتجهت إلى تلافى الانتقادات التى توجه إلى مثل هذا الحل ، فاستبعدت فى مادتها ١/٤٢ احتمال تطبيق القانون الوطنى للدولة مقر التحكيم مسايرة بذلك اتجاهها العام نحو إنشاء هيئة تحكيم دولية مستقلة .

تقييم تطبيق قانون الدولة الطرف فى النزاع :

فى غياب أى دليل على تطبيق قانون آخر فإن قانون الدولة المتعاقدة ، الطرف فى النزاع ، يصبح هو القانون الواجب تطبيقه تلقائياً بما فى ذلك ما يشتمل عليه من قواعد لتنازع القوانين حتى ينتفى عن هذا القانون شبهة الجمود .

وإذا ما وجد أن قانوناً آخر هو القانون الذى تشير إليه قواعد الإسناد فإن هذا القانون يصير هو القانون الواجب التطبيق . وإن كان ذلك أمر نادر الحدوث .

ومن ثم فإن القواعد الموضوعية فى القانون الوطنى للدولة المتعاقدة ستكون هى القانون الواجب التطبيق فى معظم الأحوال . وهو ما يواجه بالإنتقادات الآتية :

أولاً : لاتخفى مدى الصعوبة التى تواجه تطبيق قانون وطنى ما أمام القضاء الدولى . إذ لا يستطيع أحد أن يقول بأن على المحكمة الدولية أن تعرف كل القوانين الوطنية أو أن تستطيع تطبيقها(١). هذا فضلاً عن أن محكمة التحكيم ستطبق هذا القانون أياً كانت طبيعة قواعده أو ما تتسم به من العدالة وأياً كانت ظروف القضية المعروضة والتى قد تشير إلى صلة العلاقة بقانون آخر . علاوة على أن تطبيق قانون الدولة الطرف فى النزاع يعطيها ميزة معرفتها الأوسع والأعمق بقانونها بالنسبة للطرف الثانى فى النزاع ، مما يجعلها أقدر على تفسيره وبسط حجتها أمام هيئة التحكيم(٢).

ومن ناحية أخرى فإن تطبيق هذا القانون ، سيجعل من رفع النزاع إلى محكمة تحكيم المركز نوعاً من الاستئناف إذا كان قد سبق عرضه على إحدى المحاكم الوطنية فى الدولة المضيفة - حيث ستطبق نفس القانون بنفس الأسلوب ، مما يجعل تحكيم المركز مضيعة للوقت ووسيلة للتسويف وإطالة أمد النزاع .

---

(١) Voir C . P . J . I ., Emprunts serbes et bersiliens & Affaire de caragaisons deroutees, sentance du 10 Juin 1955 .

وكذلك :

Niboyet : Le role de la Jurisprudence International en droit International Prive, RCADI, Vol . 40 , p. 157 et suiv .

(٢) فى هذا المعنى :

H . Batiffol " Observations " . Rev. Crit . dr. Int. , 1964 T. 33 , p. 651.

وتظهر المشكلة أكثر إذا ما أصدرت محكمة التحكيم حكماً يخالف الحكم الذى أصدرته المحاكم الوطنية استناداً إلى نفس القواعد القانونية ، مما يؤثر بالتالى على إمكانية تنفيذ حكم التحكيم .

<u>ثانياً</u> : إن الدولة هى المتحكم فى التشريع الوطنى ، ومن ثم فبإمكانها أن تعدل فيه بحيث تبطل بل تعدم التزاماتها التعاقدية . إضافة إلى أن الدولة المتعاقدة قد ترهق الطرف الثانى بل تعجزه بالتغيير المستمر - وأحياناً المتعارض - فى تشريعاتها وإن لم تكن تبغى إلا المصلحة العامة . ومن ثم يصير القانون الواجب التطبيق معلقاً على إرادة أحد أطراف النزاع . وهو الأمر الذى دفع المحكمين فى الكثير من الأحيان لأن يتهربوا من تطبيق القوانين الوطنية . والسعى نحو تسبيب أحكامهم استناداً إلى قواعد القانون الدولى أو المبادئ العامة للقانون(١).

---

(١) أنظر مثلاً حكم تحكيم لينا جولدفيلدز بين حكومة الاتحاد السوفيتى وشركة إسرائيلية. حيث كان على المحكمة أن تطبق القانون الروسى اعمالاً لنص المادة ٧٥ من العقد والتى كانت تنص على أن " يخضع عقد الامتياز للقوانين الحالية والمستقبلة " لاتحاد السوفيتى .

Sentence de 3 Sptember 1930, Annual Digest of public international Law Cases., 1920 - 1930 .

حيث أستند المحكم إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لإلزام الحكومة بالتعويض . باعتباره مبدأ معترف به من جميع الدول المتمدينة .

وهو نفس ما اتبعه المحكم فى تحكيم أرامكو حيث طبق مبدأ وجوب احترام الحقوق المكتسبة .

فضلاً عن إنها نفس المبادئ التى طبقتها المحكمة الدائمة للعدل الدولى فى تحكيم شركة Losinger وإن كانت المحكمة قد اضافة مبدأ آخر هو المبدأ الذى يحظر على لدولة اتخاذ تصرف تعسفى بواسطة سلطاتها التشريعية بما يؤدى إلى التنصل من الإلتزامات التى التزمت بها تجاه الاشخاص الخاصة الأجنبية Particuliers .

Affair losinger etconponie, S . A . P.G.I., Serres C.No. 78 , 1936 , p. 110 .

ثالثا : أنه من المتوقع ألا يمكن تطبيق القانون الوطنى للدولة المتعاقدة لما يشوبه من أوجه قصور فى التشريع أو نظراً لطبيعته الدينية .

لاسيما - على حد زعمهم - قوانين الدولة الإسلامية التى وضعت فى القرن الثامن والتاسع والتى لا تتضمن القواعد الملائمة لتفسير عقد كعقود الامتياز البترولية. هذا فضلاً عن أن مثل هذه القوانين قد لاتكون ملائمة للحكم على مدى صحة الشروط العقدية وآثارها التى تتخطى حدود عدة دول وتحتاج إلى تطبيق العديد من النظم القانونية[1].

ومع تلك الانتقادات ذهب دعاة تدويل عقود الدولة للتنمية إلى أن تطبيق أحد القوانين الوطنية ما يزال غير مستبعد فى كل الأحوال لصالح تطبيق القواعد العامة أو غيرها . إلا أن هذا التطبيق يغلب أن يقتصر على أن يكون تطبيقاً جزئياً . ذلك أن افتراض تطبيقه يسقط -

---

(١) وهى الأسباب التى يمكن استخلاصها من تحكيم أبو ظبى سنة ١٩٥١ حيث كان نص المادة ١٧ من اتفاقية امتياز البترول ينص على أن الأطراف قد أسسوا علاقتهم على مبادئ حسن النية والثقة والتفسير المناسب لاتفاقهم .
وحيث استبعد المحكم تطبيق قانون الإمارة بعد أن وصفه بالبدائية (وإن كان ذلك - فى رأينا - نابع عن جهل بأحكام الشريعة الإسلامية وعدم قدرة من المحكم على البحث فى كتب الفقه الإسلامى) .
وكذلك كان شأن المحكم فى تحكيم قطر
International Marin Oil Co. V . Quter I . L . R ., 1953, p. 544
حيث ذهبت محكمة التحكيم إلى عدم صلاحية القانون الوطنى نظراً لنقص قواعده واختلاف جنسية الأطراف فضلاً عن تخطى تنفيذ العقد لحدود دولة واحدة . ومن ثم اتجه المحكم إلى تطبيق القواعد العامة المستخلصة من مختلف النظم القانونية الوطنية.
بل إن من عقود الدولة ما سجل فى شروطه هذا الاتجاه . من ذلك اتفاق انشاء الكونسرتيوم الدولى للبترول الإيرانى المبرم فى ١٩٥٤/٩/٢٠ الذى سجل ذلك فى المادة /٤٦ . وكذلك المادة / ٤٠ من اتفاق
Agip Mineraria - N . I . O . C ., V . Garcia Amador, Cours de droit international ., 1959 , II . No 108 et 109 p. 27.

فى رأيهم - إذا ما واجه مبادئ أسمى وأهم مثل مبدأ العدالة ، أو احترام الحقوق المكتسبة أو وجوب توازن العلاقات التعاقدية .

ومن ثم فلم يعد مناسباً الزعم بأن القانون الوطنى يجب أن يطبق تلقائياً . لاسيما وأن العلاقة بين الأطراف المتعاقدة لابد وأن تقوم على التعاون لا التعارض . ولذلك يجرى قضاء محاكم التحكيم على مراعاة طبيعة التعاقد واحتمالات المخاطر وشروط العقد قبل تطبيق قانون الدولة المضيفة[١] باعتبار أن أطراف مثل هذه الاتفاقات الهامة كان بإمكانهم - إن كانت هناك رغبة أكيدة فى تطبيق قانون الدولة المضيفة - أن يدرجوا ذلك صراحة ضمن شروط العقد .

وينبغى ألا يفسر السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق لصالح تطبيق القانون الوطنى وحده ، بل يدعى المحكم لأن يبحث فى ضوء روح الاتفاق عن التفسير المناسب لنصوص الاتفاق محل النزاع . الذى ربما يرى أنها قد تفسر بتطبيق قانون وطنى محدد أو تفسر بالرغبة فى إخضاع العقد لقواعد أوسع وأشمل كالقواعد العامة للقانون .

وبديهى أن فى ذلك الحل ما يخالف الاتجاه الذى اعتمدته المحكمة الدائمة للعدل الدولى - ومازلنا نؤيده - فى قضايا القروض الصربية والبرازيلية . والذى كان الأساس الذى يستند عليه لتعليل قاعدة افتراض تطبيق قانون الدولة الطرف فى النزاع بصورة تلقائية. تأسيساً على أن أحد الأطراف دولة ذات سيادة ولا يمكن أن نتصور

---

(١) من ذلك فشل تحكيم سفير الصادر فى ١٥ مارس ١٩٦٣ حيث رفض المحكم التطبيق التلقائى للقانون الإيرانى . أنظر الحكم فى
Columbia . J . Tran . L . , 3 , 1964 . p. 152 .

افتراض خضوعها لقانون دولة أخرى ليحدد صحة شروط تعاقدها والتزاماتها تجاه غيرها .

بل أن البعض ذهب إلى طبيعة التحكيم ذاته باعتباره قضاء يخرج عن إطار القضاء الوطنى تحتاج إلى أن يطبق فى أحكامه قواعد عامة تتخطى حدود تطبيق قانون محدد بذاته . وأنه إذا كان هناك من الأحكام ما طبق القاعدة التى جاءت فى قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولى منذ ١٩٢٩ فيجب إلا يعتبر ذلك عرفاً واجب الإتباع(١).

من ذلك أن المحكم فى تحكيم أرامكو رأى أن تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص (تنازع القوانين) الموجودة فى قانون المملكة العربية السعودية يجب أن يسبق بتفسير هذه القواعد أو تكملتها عند الحاجة بالمبادئ العامة للقانون والعادات المتعارف عليها فى صناعة البترول ، باعتبار أن مثل هذه المفاهيم تعد نوعاً من النظام العام الأسمى .

وقد طبقت هذه القواعد فى العديد من أحكام التحكيم التى صدرت عن المركز .

ففى قضية بونفينوتى وبون فانت Bon Fant Benvenuiteet ضد الكونغو(٢) ١٩٧٧ استظهرت هيئة التحكيم عدم تعبير الأطراف المتعاقدون عن رغبتهم الصريحة فى تطبيق قانون معين .

---

(١) Amadio: op. cit. P. 193.
ويضرب مثلا لقضاء المحكمة فى القضية السابق الإشارة إليها.
The Alsing case' inter & comp. L.Q. 1959, P. 320.

(٢) قد طلب التحكيم فى ١٩٧٧/١٢/١٢ وصدر الحكم فيها فى ١٩٨٠/٨/٨ . وتتلخص وقائعها فى أن الشركة (مركز إدارتها الرئيسى روما) المدعية قدمت طلباً للتحكيم مصحوباً ببرتكول اتفاق مؤرخ ١٦ إبريل ١٩٧٣ بينها وبين حكومة الكونغو يتضمن

ومـــن ثم لجأت المحكمة إلى تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١/٤٢ من اتفاقية إنشاء المركز ، وانتهت إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الكونغو[1] فضلاً عن قواعد العدل والإنصاف

شرطاً للتحكيم لدى المركز طبقاً لنص المادة ٣٦ من اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ ، المواد ١ ، ٢ ، ٤ من لائحة اجراءات التحكيم والمادة ١/١٥ من اللائحة الإدارية والمالية للمركز . وعينت الشركة Rudolf Bystricky التشيكى الجنسية - المقيم فى سويسرا - محكماً عنها وعينت حكومة الكونغو Edilbert Razafindralambo من Malagasy محكماً عنها . وإزاء عدم توصلهم إلى تعيين المحكم الثالث عين هذا الأخير بمعرفة رئيس المجلس الإدارى للمركز وكان Lex Bonn من لوكسمبورج .
وخلصت الوقائع فى أن الحكومة كلفت الشركة بعمل دراسة لإنشاء مصنع لإنتاج الزجاجات البلاستيك فى نهاية عام ١٩٧٢ ، حيث طلبت الشركة أن تكون شريكاً بنسبة ٤٠% فى المشروع ، وبعد موافقة الحكومة كلفت شركة هندسية فى إيطاليا بإنشاء المشروع بتمويل مبدئى من الشركة المدعية قدره ٢٢ مليون فرنك سددتها الشركة فى ٦ مارس ١٩٧٣ حيث أسست شركة مشتركة Mixed Economy Company تسمى شركة PLASCO بموجب الاتفاق المؤرخ ١٦ إبريل ١٩٧٣. وتضمن الاتفاق أن يكون للحكومة ٦٠% من رأس المال الذى صار ٥٥ مليون . على أن يكون للحكومة شراء حصة الشركة الإيطالية بعد ٥ سنوات ، تلك التى تقدر باتفاق الطرفين .
وفى حين نفذت الشركة التزاماتها فوجئت بعدم قدرة الحكومة والبنوك المحلية على تنفيذ التزاماتها وتقديم التمويل اللازم فضلاً عن تراجع الحكومة عن التزاماتها بشأن حماية إنتاج الشركة وعدم التدخل فى تسعيره بل تزايد تدخل الحكومة بحيث أصبحت - فى الواقع - إحدى شركات الدولة State Company الأمر الذى اكتمل باحتلال الجيش لمقر الشركة والقبض على الشريك الإيطالى ومهندسى الشركة ، وقد باءت كل محاولات التفاوض بالفشل مما دفع الشركة إلى تقديم طلب التحكيم .

I.C.S.I.D. Arbitration tribunal Award in the case of Benvenutie et Bon Fant V, Peopel's Republic of the Congo.. I.L.M., Vol. XXI, No. 4 , July 1982., p. 740 Spc : p. 752 .

وقد انتهت المحكمة إلى إلزام الحكومة بسداد مبلغ ٣ مليون و ٣ ألف فرنك عن قيمة الأرباح فضلاً عن ١١٠ مليون قيمة الحصة المصادرة من أسهم الشركة .

(١) وقد حددت المحكمة المقصود بالقانون الكنغولى بأنه القانون المتعلق بالمسائل المدنية والتجارية . وأرجعته إلى أصله فى التشريع الفرنسى الذى كان سارياً قبل الاستقلال عام ١٩٦٠ ، لاسيما التقنين المدنى الفرنسى الذى كان يطبق عملاً بالمادة ٢٣ من التشريع الفرنسى الصادر فى ١٨٩٧/٩/٢٨ باعتبار أن هذا التشريع قد أدمج فى مواد دستور جمهورية الكونغو الشعبية الصادر فى ٢٤ يونيو ١٩٧٣ المعدل بالتشريع الصادر من اللجنة العسكرية للحزب فى ١٩٧٧/٤/٥ .

التى يحق للمحكمة تطبيقها وفقاً لاتفاق أطراف النزاع[١].

وهو نفس ما اتبعته محكمة التحكيم التى شكلها المركز للفصل فى نزاع شركة أمكو آسيا ضد إندونسيا سنة ١٩٨١[٢] حيث وجدت المحكمة أن الأطراف لم يتفقوا صراحة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق فى علاقتهم ، كما لم يفوضوا المحكمة سلطة الفصل فى النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف. ومن ثم طبقت نص الفقرة الثانية من المادة ١/٤٢ من الاتفاقية، وانتهت إلى تطبيق القانون الأندونيسى باعتباره قانون الدولة المتعاقدة ، فضلاً عن إشارة الأطراف إليه فى مناقشتهم أثناء التحكيم باعتباره القانون الواجب التطبيق ، إضافة إلى تعلق النزاع باستثماراتهم فى

---

(١) خول الأطراف هيئة التحكيم سلطة الفصل فى النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف إعمالاً للمادة ٣/٤٢ من الاتفاقية باتفاقهم على ذلك أثناء جلسة الاستماع المنعقدة فى ١٩٧٩/٦/٦ فى جنيف .

I.L.M ., July 1982 . p. 752 & SS .

(٢) سجلت هذه القضية لدى سكرتير عام المركز فى ١٩٨١/٢/٢٧ وفصل فيها فى ١٩٨٤/١١/٢١ . وتدور وقائعها حول إنشاء وإدارة فندق فى جاكارتا حيث تم إنشاء شركة حكومية فى إندونسيا لاستكمال مشروع بناء الفندق P.T. Wisma . وإذ وجدت الشركة مستثمر أمريكى هى شركة AMCO التى تمكنت من الحصول على ترخيص بالإستثمار من الحكومة الأندونيسية واستطاعت أن تكمل المشروع ، إلا أن النزاع بدأ حول سلطة الشركة المستثمرة فى إدارة المشروع الذى أطلق عليه P.T. AMCO . حيث استخدمت الشركة الحكومية القوة العسكرية الأندونيسية للسيطرة على إدارة المشروع ونزع ملكيته فضلاً عن سحب ترخيص الإستثمار . تلك الأحداث التى أدانتها إحدى المحاكم فى أندونيسيا وأيدتها محكمة الاستئناف ، هذا ما دعى الشركة وشركائها لطلب تعويض قدره ٩ مليون دولار .

I.L.M. Vol. 24., No. 4, July 1985 . P. 1024 . Spec p. 1023 .

أندونيسيا[١][٢] وهو ذاته مأيدته محكمة التحكيم الخاصة التى تشكلت للنظر فى طلب أندونيسيا بإبطال الحكم[٣].

وكذلك اتجاه المحكمة فى تحكيم شركة كلوكونر Kloc Kener ضد الكاميرون سنة ١٩٨١[٤] إذ بينما تضمن العقد محل النزاع شرطاً للتحكيم لدى المركز الدولى لتحديد القانون الواجب التطبيق . الأمر الذى فسرته المحكمة بأن نية الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون دولة الكاميرون باعتباره قانون الدولة المتعاقدة مدعماً بقواعد القانون الدولى الملائمة للتطبيق .

---

(١) Ibid.

(٢) الزمت هيئة التحكيم الحكومة الأندونيسية بدفع ٣ مليون و ٢٠٠ الف دولار للشركة المدعية إضافة إلى التعويضات والفوائد .

(٣) تقدمت أندونسيا بطلب لإبطال الحكم السابق فى ١٩٨٥/٣/١٨ وتشكلت لجنة لنظره فى ٢٢ إبريل ١٩٨٥ حيث أصدرت قرارها فى ١٩٨٦/٥/١٦ ، فاصلة فيه بين القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم وأرجعته إلى قواعد لإتفاقية إتفاقية إنشاء المركز ، والقانون الواجب التطبيق على الموضوع وأيدت تطبيق القانون الاندونيسى . وقواعد القانون الدولى الملائمة للتطبيق على هذا الشق الأخير .

I.L.M. Vol. 25, No. 6, 1986, p. 1445 .

(٤) قدمت الشركة (ألمانية الجنسية) وأثنان من شركاتها بطلب للتحكيم فى إبريل ١٩٨١ ضد الكاميرون والشركة الكاميرونية للطاقة ، حيث تشكلت محكمة التحكيم فى أكتوبر ١٩٨١ وأصدرت حكمها فى ٢١ أكتوبر ١٩٨٣ بالأغلبية .
وفى التعليق على هذا الحكم أنظر :

Jan Paulsson : J.I. Arb. 1984, No. I.P. 145 .

وقد تقدمت الشركة الألمانية بطلب إلغاء الحكم فى فبراير ١٩٨٤ عملاً بالمادة ٥٢ من الاتفاقية حيث كان الطلب الأول من نوعه الذى يقدم إلى المركز الدولى حيث أصدرت هيئة التحكيم الخاصة التى تشكلت حكمها فى ٣ مايو ١٩٨٥ ألغت به الحكم المطعون فيه ليعاد النظر فيها مرة أخرى عملاً بالمادة ٦/٥٢ من اتفاقية إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الإستثمار .
أنظر الحكم الصادر عن هيئة التحكيم الخاصة فى:

ICSID Rev 1 . No ., 1986 p. 89 .

وبجوار هذه الأحكام نجد نموذجاً آخر لم يسبق فى قضاء هيئة تحكيم المركز، نقصد ذلك الخاص بالحكم فى تحكيم شركة آسيا الزراعية المحدودة ضد سيرلانكا سنة ١٩٨٧(١) .

ذلك أن الاتفاق المبرم بين الطرفين لم يكن يشير إلى اختصاص المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار(٢). فضلاً عن أنه لم يتضمن إشارة صريحة إلى القانون الواجب التطبيق .

وبعد أن فصلت المحكمة فى اختصاصها بنظر النزاع اتجهت إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوعه وإذ رأت أن

---

(١) سجل هذا الطلب لدى السكرتير العام للمركز الدولى فى ١٩٨٧/٧/٢٠ وتخلص وقائع النزاع فى أن الشركة المدعية والحكومة السيرلانكية كانا قد أبرما اتفاقاً لإنشاء مشروع مشترك (مزرعة جمبرى) . ذلك المشروع الذى تعرض لخسائر جسيمة من جراء قيام قوات الأمن السيرلانكية بتدمير معداته وأصوله أثناء عملياتها العسكرية ضد المتمردين فى ١٩٨٧/١/٢٨ تلك الخسائر التى رفضت الحكومة السيرلانكية - ضمناً - تعويضها .
ورغم أن العقد قد جاء خالياً من شرطا التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق . إلا أنه كان قد أبرم فى إطار الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات المعقودة بين سيرلانكا وبريطانيا والموقعة من الطرفين فى ١٩٨٠/٢/١٣ .
وحيث أن الاتفاقية كانت قد تضمنت نصاً خاصاً بتسوية المنازعات التى تنشأ عن عقود الاستثمار التى تبرم فى إطارها ، يشير إلى تطبيق قواعد التوفيق والتحكيم الخاصة بالمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن ، فقد سعت الشركة لاستصدار حكم ملزم عملاً بهذا النص .

(٢) انعقد الاختصاص لهيئة تحكيم المركز بناء على نص ورد فى الاتفاقية الثنائية بين بريطانيا (التى تنتمى إليها الشركة) وسيرلانكا المبرمة عام ١٩٨٠ .
Sri Lanka - United Kingdom : Agreement on the promotion and protection of investements I.L.M. Vol XIX., No. 4 ., July 1980, p. 886. Spec. p. 888 .
Art. 8 (1). Each contracting party hereby consents to submit to the I. C. S. I. D., for settlement by conciliation or arbitration under the convention on the settlement of investement disputes between states and nationals of other states opend for signature at Washington between that contracting party and a national or company of the other contracting party concerning an investment of the letter in the territory of the former .

الاختيار السابق والصريح للقانون الواجب التطبيق مسألة يصعب تصورها فى تحكيم نشأ مباشرة عن اتفاق بين دولتين لحماية رعاياهما وتشجيع تبادل الاستثمار بينهم(١).

استخلصت المحكمة من ظروف إبرام العقد ولجوء الأطراف إلى التحكيم فى إطار المركز الدولى ، أن إرادة الطرفين كانت تتجه إلى تطبيق نصوص الاتفاقية الثنائية المعقودة بين سيرلانكا وبريطانيا فى المقام الأول ، على أن تستكمل بتطبيق قواعد القانون الدولى العام العرفى فى المقام الثانى(٢) . مع مراعاة أن أحكام الاتفاق المشار إليها قد صارت جزءاً من النظام القانونى لسيرلانكا ، ومن ثم يكون هذا الأخير هو الواجب التطبيق .

ونرى مع البعض(٣) عدم دقة هذا الحكم . ذلك أن إسناد الاختصاص بنظر النزاع إلى هيئة تحكيم معينة بناء على نص ورد فى اتفاقية دولية ، لا يعنى أن تقوم هذه المحكمة بتطبيق مواد تلك الاتفاقية باعتبارها القانون الواجب التطبيق طالما أن أطراف هذا النزاع لم يتفقوا على ذلك اتفاقاً صريحاً .

وإذا كانت الاتفاقية الثنائية قد نظمت تسوية المنازعات بين الطرفين ورعاياهم بحيث يلجأون إلى المركز الدولى لتسوية

---

(١) وإن كنا لا نرى وجهاً للصعوبة فى اختيار هذا القانون بموجب بند فى العقد إذ لا يوجد تلازم حتمى بين الأمرين .

(٢) I.L.M, Vol. 30 No. 3 May 1991 P. 586.

(٣) See the contraire opnion of Samoll AZANTE., I . L . m ., Vol 30. op . cit . p. 621 .

وفى التعليق على الحكم:

Asian Agriculture Products Ltd (AAPL) . C. Republique du Sri Lanka , Patrick RAMBAUD , Des obligations de L'investisseur Etranger . A . F . D . I ., XXXVIII , 1992 , p. 501 .

منازعات الاستثمار فإنها لم تستلزم تطبيق نصوصها على أى من هذه المنازعات، بل أشارت إلى أن تتم التسوية وفقاً للقواعد التى تضمنتها اتفاقية إنشاء هذا المركز ومن ثم كان واجباً على هيئة التحكيم أن تتجه مباشرة إلى تطبيق نص المادة ١/٤٢ من الاتفاقية . ونضيف هنا أنه كان على المحكمة تطبيق نص هذه المادة حتى وإن كانت ستنتهى إلى نفس النتيجة بالأسلوب التى اتبعته .

المطلب الثانى

تطبيق القانون الدولى

كان من آثار قصور بعض النظم القانونية الوطنية وما بها من ثغرات أن تشجع البعض بالدعوة إلى اتجاه آخر يدافع عن مصالح الدول الغربية والشركات متعددة الجنسيات المتمركزة فيها ، يدعو فيه إلى أن يكون القانون الدولى العام هو القانون الواجب التطبيق لتنظيم العقود التى تبرمها الدولة مع الأجانب والفصل فيما قد ينشأ عنها من منازعات لاسيما إذا ما تخلف الاختيار الصريح للأطراف المتعاقدة .

وكانت حجتهم تدور كلها حول أفكار أساسية أهمها أن الدولة عندما تتعاقد مع مستثمر أجنبى إنما تبرم اتفاقاً يجد أساسه القانونى وسند قوته الإلزامية فى قاعدة من قواعد القانون الدولى العام الجوهرية ، ألا وهى مبدأ قدسية العقود Pacta Sunt Servanda الذى يعد قاعدة الأساس لكل نظام قانونى متمدين .

وإن النظام القانونى الداخلى للدولة المتعاقدة يتعين استبعاده كلية عند تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس وجود قاعدة إسناد خاصة قوامها اختيار سلبى يمنع من تطبيق قانون الدولة المتعاقدة . ومما يؤكد الاختيار السلبى المعمول به وجود شروط

تثبيت العلاقة العقدية وحل المنازعات عن طريق التحكيم باعتبارها عناصر تعكس - حسب نظريتهم - إرادة المتعاقدين فى إقصاء الإسناد لقانون وطنى[١].

إضافة إلى قولهم إن أى محكمة دولية أو شبه دولية Transnational Tribunal لا يمكن أن تنكر وجود ارتباط بين تطبيق القانون الدولى العام والتحكيم الذى ينظر نزاع ناشئ عن عقد من عقود التنمية الاقتصادية[٢]. بمعنى أن أى هيئة للتحكيم إذا ما اتجهت إلى البحث فى مشكلة القانون الواجب التطبيق ، بشأن نزاع متعلق بعقد من عقود الدولة ، لابد وأن توازن بين احتمالات ملائمة تطبيق قواعد القانون الدولى العام ، إذا ما ظهرت حاجة تدعو إلى ذلك.

المبررات التى تستند إليها محاكم التحكيم فى تطبيق القانون الدولى :

وإن كان السبب الحقيقى وراء تدويل عقود الدولة للتنمية الإقتصادية يكمن فى رغبة الدول الكبرى والشركات المتعددة الجنسيات فى توحيد المجال القانونى لنشاط الأطراف المهيمنة على التجارة الدولية على المستوى العالمى[٣] . وذلك بنشر هذه الفكرة فى أحكام تحكيـم تعمل على استبعاد قانون الدولة من أجل وضع علاقات

---

(١) الدكتورة/ سامية راشد ، المرجع السابق ص ٣٤.

(٢) George W. Haight: the applicable law in development contracts with foreign governments ., in " international financing and development " , ed. by John F . Mcdaniels New York , oceana publications , 1964 , p. 558 .

انظر رسالة الدكتور/ صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سبق ذكره ص ٦٨٣ – ٧٤١.

(٣) الأستاذ الدكتور/ حسام محمد عيسى ، دراسة فى الآليات القانونية للتبعية الدولية ، التحكيم التجارى الدولى، ١٩٨٨ ، ص ٢٦ ، ٢٨.

التجارة الدولية تحت مظلة نظام قانونى دولى جديد[١] .

إلا أن أنصار هذا الاتجاه يفسرون ذلك التدويل بمبررات أخرى تغطى هدفهم الأساسى ومؤداها :-

١ـ وجود علاقة ذات شقين بين عقود الدولة للتنمية الاقتصادية والقانون الدولى . يتمثل الشق الأول فى أن أحد أطراف هذه العلاقة " وهو الدولة" يخضع فى علاقته بالشخص الخاص الأجنبى لقواعد القانون الدولى ، التى تحدد مسئوليته والتزاماته تجاه الأجانب ، ويتمثل الشق الثانى فى أن حقوق الطرف الخاص الأجنبى المتعاقد مع الدولة قد تكون محل مطالبة من حكومة الدولة التى يتبعها،وفقاً لقواعد القانون الدولى[٢][٣].

٢ـ أن القانون الدولى هو القانون المناسب لحكم الأوجه المختلفة لمسئوليـــة الدول عن تعويض خسائر المستثمر الخاص الأجنبى[٤]. باعتبار أن حماية الاستثمار وأرباحه من المسائل التى تتعلق بالقانون الدولى[٥]. وهذا هو التفسير الذى لاقى قبولاً وتطبيقاً فى تحكيم أرامكو سنة ١٩٥٨[٦] .

فقد بدأت المحكمة ببيان أن العقد لم يبرم بين دولتين بل بين حكومة دولة وشركة من شركات القانون الخاص ، الأمر الذى ينفى خضوعه للقانون الدولى . إلا أنها بعد أن استعرضت وقائع القضية والظروف المحيطة باختيار القانون الواجب التطبيق ، انتهت إلى

---

(١) المرجع السابق ، ص ٣٥.

(٢) Haight: Op. cit., P. 556.

(٣) اعمالا لحق الحماية الدبلوماسية.

Nwogugu., op. cit., oP. 241.

(٤) Ibid.

(٥) Saudi Arabia V. Arabian American Oil Co. (Aramco) , 23/8/1958 , I . L . R ., Vol . 27 ., (1963) . p. 117 - 233 .

نتيجة مختلفة عما كانت تؤدى إليه مقدمات بحثها فى الموضوع ، إذ ذهبت إلى أن " القانون العام للدولة هو القانون الذى يجب تطبيقه على آثار عقد الامتياز، وإن ما يدفعها إلى ذلك جملة أسباب موضوعية ، مؤداها أن بعضاً من المسائل لا يمكن تنظيمها بأى قاعدة قانونية وطنية لأى دولة كانت ، لاسيما ما يتعلق بمسئولية الدول عن مخالفة التزاماتها الدولية "(١).

وهكذا فقد أدرجت المحكمة القانون الدولى ضمن النظم القانونية التى تحكم العلاقة بين الشركة والحكومة السعودية .

وقد استخلص من اتجاه هيئة التحكيم أن للمحكمة التى يفوض إليها البحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع موضع التحكيم، أن تضع فى اعتبارها بصورة مباشرة أو غير مباشرة قواعد القانون الدولى باعتباره القانون الواجب التطبيق فى بعض المنازعات .

نطاق تطبيق القانون الدولى فى ضوء المادة ١/٤٢ :

فى ضوء الأحكام التى أصدرتها محاكم التحكيم التابعة للمركز الدولى أتجه الفقه إلى البحث فى نطاق تطبيق القانون الدولى فى المنازعات التى قد تثور بين أطراف عقود الدولة وهو ما نعرض له فى النقاط التالية :

أولاً : مفهوم القانون الدولى فى ظل المادة ١/٤٢ :

حدد تقرير مجلس المحافظين بشأن اتفاقية إنشاء المركز(٢) أن مفهوم القانون الدولى يجب أن يفسر بالمعنى الوارد فى نص المادة

---

(١) Ibid.

(٢) Report of the Executive Directore of the World Bank Resolution No. 214 . adopted in Sept. 10 , 1954 , Para . 40 .

١/٣٨ من ميثاق إنشاء محكمة العدل الدولية . وهو ما يقتضى أن يؤخذ فى الاعتبار أن هذه المادة قد وضعت لتطبق بشأن العلاقات بين الدول[١] باعتبارها أشخاص القانون الدولى .

ثانياً : **مدى إمكانية خضوع أحد أشخاص القانون الخاص للقانون الدولى** :

من المسلم به أن القانون الدولى يطبق أساساً فى العلاقات بين الدول .

والحقيقة أن المستثمر الخاص الأجنبى - فى ظل إتفاقية البنك الدولى - يصبح طرفاً مباشراً فى نزاع يواجه فيه الدولة ، أمام هيئة تحكيم دولية المنشأ ، تجرى أمامها إجراءات تسوية النزاع وفق قواعد القانون الدولى ، وتصدر حكماً معترف به دولياً ويترتب على عدم تطبيقه ما يترتب على عدم تطبيق قرارات الهيئات الدولية من جزاءات .

ومؤكد أن المستثمر الخاص لم يتقاض فى ظل هذا القانون إلا مـــن خلال إرادة الدولة الطرف فى الاتفاقية وبشرط أن تظل طرفاً فيه[٢].

---

(١) تنص هذه المادة على أن للمحكمة تطبيق القانون الدولى لتسوية النزاع ويتضمن ذلك تطبيق :
(أ) المعاهدات الدولية
(ب) العرف الدولى .
(ج) المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتمدينة .
(د) القواعد التى تضمنتها أحكام المحاكم وأراء الفقهاء باعتبارها مصادر احتياطية لتحديد قواعد هذا القانون .

(٢) ومن ثم ينبغى القول أن المستثمر الخاص لم يكتسب هذه القدرة على الخضوع المباشر لأحكام القانون الدولى من تلقاء نفسه . وإن لم يكن لذلك أى تأثير بالنسبة للموضوع محل البحث .

ثالثاً : القاعدة العامة فى تطبيق القانون الدولى :

تظهر أهمية القانون الدولى باعتباره قانون واجب التطبيق فى التحكيم المتعلق بعقد من عقود التنمية الاقتصادية عندما يتصل النزاع بخرق قواعد ذلك القانون . وهو ما يحدث إذا ما أخلت الدولة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية الناشئة عن عقد التنمية أو إذا ما أنكرت الحقوق التعاقدية للمستثمر ، مستخدمة فى ذلك سلطتها التشريعية ، الأمر الذى يدخل فى إطار خرق قواعد القانون الدولى .

وبعبارة أخرى فإن تصرف الدولة المتعاقدة بخرقها المنفرد للالتزامات التعاقدية هو خرق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذى يعد واحداً من المبادئ الأساسية للقانون الدولى[١].

فإذا ما سلمنا بذلك فإن خرق الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد من عقود التنمية يمكن أن يؤدى بدوره إلى تطبيق القانون الدولى أثناء عرض النزاع على هيئة التحكيم . ذلك أن عقد الدولة يولد التزاماً على عاتق الطرفين باحترام اتفاقهما عملاً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[٢].

---

(١) يرى البعض أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين Pacta Sunt Servnda هو المبدأ الأساسى للقانون الدولى . فى هذا الرأى

D.Anzilotti, Lehrbuch des Volkerrechts ,Vol . I . 1929 , p. 35 - 49 .

أشار إليه:

Hans Wehberg ., Pacta Sunt Servanda , A . J . Int . L . Vol . 53 . 1959 , p. 786 .

(٢) أنظر القضية التى عرضت على المحكمة الدائمة للعدل الدولى بين سويسرا ويوجوسلافيا والمعروفة بقضية LOSINGER & CO. CASE حيث تمسكت المدعية (سويسرا) بأن الدولة يجب أن تلتزم بالتزاماتها تجاه المتعاقد الأجنبى وبالصورة التى كانت عليها وقت إبرام العقد ووفقاً لشروطه باعتبار أن اتخاذ وجهة نظر مخالفة يعنى تمكين الدولة من الإفلات من التزاماتها بإصدار تشريعات خاصة تتغير بها حقوق الأجانب

وفى تأييد هذا الاتجاه ذهب البعض إلى أن حياة المجتمع الدولى لا تعتمد على العلاقات بين الدول فحسب ولكن أيضاً وبدرجة متزايدة على علاقات الأفراد الأجانب بعضهم ببعض . إذ لا يمكن أن توجد علاقات اقتصادية بين الدول والشركات الأجنبية بدون تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين . الأمر الذى لم يكن محل نزاع فى أى وقت ، وخير دليل على أن هذا المبدأ يطبق فيما يتعلق بالعقود التى تبرمها الدولة يظهر جلياً من الحقيقة التالية :-

إن إخضاع عقد التنمية لقواعد القانون الدولى أمر مطروح منذ فترة طويلة . ومثل هذا التطبيق لابد وأن يخلو من معنى إن لم يطبق مبدأ من مبادئه الأساسية وهو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين(١).

وهو نفس الاتجاه الذى أيدته التوصية الصادرة عن مؤتمر الاتحاد الدولى للمحامين(٢) منذ سنة ١٩٥٨ حيث نصت على أن " لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين تطبيقاً واضحاً فى الارتباطات التى تنشأ بين الدول بعضها البعض أو بينها وبين مواطنى الدول الأخرى " والنتيجة النطقية لذلك أن الاعتداء على الملكية الخاصة Private Property بالمخالفة لعقد معين من عقود التنمية يعد أمراً مخالفاً للقانون الدولى(٣).

الا أن المدعى عليه (يوجوسلافيا) أكد على أن عقد الدولة مع الأجانب لا يرتب أى التزام دولى بأى حال من الأحوال وإن خرق مثل هذا العقد لا يمثل انتهاكاً للقانون الدولى . والحكم منشور فى :

P . C . I . J . sries C. No . 78 ., 1936 p. 32 .

(١) H. Wehberg: Op. cit. P. 786.

(٢) International Bar association, Germany Meeting in 1958.

(٣) George W . Ray , Some reasons for the binding force of development contracts between states and foreign Nationals , Busines lawyer , No . 16 ., 1960 - 61 - . p. 942 Sepc . p. 955 .

وهو الاتجاه الذى اتبعه أنصار تدويل العقود المبرمة مع الشركات الغربية ويرى البعض أنه يقوم على شقين :

١- من حيث القوة الإلزامية :

حيث تستمد مشروعية وجودها من قاعدة قانونية دولية تسمو على إرادة الدولة المتعاقدة مع ما يستتبعه ذلك من إقصاء عملية البحث عن إسناد العلاقة إلى قانون وطنى معين .

٢- من حيث الجزاء عند قيام الدولة بأى مساس بقدسية تلك العقود المدولة :

حيث تطبق قواعد المسئولية عن العمل غير المشروع دولياً دون القواعد القانونية الداخلية التى تعالج الآثار المترتبة على تعديل أو إنهاء عقود القانون العام[١].

تقييم هذا الإتجاه :

مع الدعوة لهذا الاتجاه هاجمته غالبية أحكام المحاكم - التى تنظر المنازعات ذات الطبيعة الدولية - التى تصدر أحكامها عن حقيقة مسلمة مقتضاها أن قانون الدولة المتعاقدة هو أصلاً القانون الواجب التطبيق الذى يستمد منه العقد قوته الإلزامية ويحكم انعقاده وآثاره[٢] ومن ثم فإن مجرد الإخلال من جانب الدولة بالتزام مصدره العقد الذى يربطها بطرف خاص أجنبى لا يشكل بذاته مخالفة لقواعد أو مبادئ القانون الدولى[٣]. ومحصلة ذلك أنه فى غياب اتفاق صريح

---

(١) الدكتورة/ سامية راشد ، المرجع السابق ص ٢٩.

(٢) المرجع السابق ، ص ٥٦.

(٣) المرجع السابق ص ٥٧ حيث ذهبت إلى أنه يتعين لقيام هذه المسئولية إثبات أن الدولة المضيفة قد أخلت بالتزام دولى مصدره معاهدة قائمة مع الدولة التابع لها الطرف الأجنبى المضرور أو مصدره العرف الدولى المستقر فى مجال معاملة الأجانب ، أى

من الأطراف فإن القانون الدولى لا يكون هو القانون الواجب التطبيق كما يدعى البعض بل يطبق القانون الوطنى فى المقام الأول على مختلف الجوانب العقدية.

رابعاً : تطبيق القانون الدولى فى نظام المركز :

إن مراجعة الأعمال التمهيدية للاتفاقية المنشئة للمركز جعلت البعض[١] يحدد نطاق تطبيق هذا القانون فى غياب الإرادة الصريحة للأطراف محصوراً فى الحالات التالية :-

(١) إذا ما أشار القانون الوطنى ذاته إلى تطبيق القانون الدولى .

(٢) إذا ما كانت المسألة المعروضة تتصل بصورة مباشرة بقواعد القانون الدولى .

(٣) فى حالة ما إذا كان القانون الوطنى أو الحل الذى يؤدى إليه مخالفاً وخرقاً للقانون الدولى .

أن المساس بالتعهدات العقدية تجاه الطرف الأجنبى ليس فى حد ذاته المحرك لدعوى المسئولية الدولية بل لأنه قد صاحبته ظروف وملابسات ارتفعت به من نطاق النظام القانونى الوطنى إلى مرتبة العمل غير المشروع دولياً .

وراجع فى تأييد هذا التحليل

H . Pazarci , La Responsabilite des Etats a L'occasion des contrats . Conclus Enter Etats et Personnes Prives Etrangeres ., R . D . I . P . , 1963,. p. 354 .

F . V . Garcia - Amador , Louis B . Sohn and R . R . Baxter , recent codification of the law of state responsability for injuries to aliens , 1974 , p. 38 .

(١) Broches " The convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states : Applicable Law and de fault procedure , International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke , edited by p. sanders, 1967, p. 15 .

وتحتاج الحالة الأخيرة إلى تبين الكيفية التى يطبق بها كل من القانون الوطنى والقانون الدولى دون تعارض .

حدود تطبيق القانون الوطنى والقانون الدولى :

يلاحظ البعض أن آلية وفلسفة تنازع القوانين التى قدمتها المادة ١/٤٢ فى فقرتها الثانية تدعو إلى تطبيق قانون الدولة الطرف فى النزاع وتلك القواعد التى يمكن تطبيقها من القانون الدولى ، إلا أن هذا النص لم يبين بصورة واضحة الحدود التى تطبق فيها المحكمة قواعد كل من القانون الوطنى والدولى[١].

فإذا افترضنا أن المعروض على المحكمة نزاع يتصل بخلاف حول مسألة قانونية Legal Issue تتعلق بمصادرة الاستثمار الخاص بأجنبى ، وأن تشريع الدولة المضيفة يعفيها من أن تؤدى أى نوع من التعويض إلى المستثمر الأجنبى .فمن المؤكد أن قاعدة القانون الدولى المتعلقة بمثل هذه الحالة لن تتفق مع تشريع هذه الدولة .

وهنا قد يختلط الأمر على المحكمة :

فأى من القوانين يطبق فى غياب اتجاه معين من الأطراف .

وقد اتجه البعض[٢] إلى أولوية قواعد القانون الدولى بالتطبيق.

ويبرر ذلك بأن الترتيب الوارد بالمادة ١/٤٢ ، والذى جعل قواعد القانون الدولى تأتى فى المقام الثانى بعد قواعد القانون الوطنى ترتيب غير متبع فيما يجرى عليه العمل فى محاكم التحكيم ، فضلاً عن أن النية التى عبرت عنها المفاوضات بين الدول المختلفة التى

---

(١) G . R . Delaum : The pyramids stand - The pharaohs can rest in peace., ICSID Rev., Vol . 8 , N. 2, 1993, p. 231 Spec. p. 243 .

(٢) J. Cherian : op. cit., P. 88- 89.

شاركت فى المؤتمرات الإقليمية المبدئية ، وفى لقاءات اللجنة القانونية علاوة على وجهات النظر التى عبر عنها ممثلى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار تعطى مبرراً كافياً لتأييد هذا الاتجاه[١].

وهو مايأيده جانب من الفقه[٢] بحجة أخرى مؤداها أنه " إذا كانت محاكم التحكيم التى تنشأ بموجب إتفاقية إنشاء المركز الدولى لتسوية المنازعات تنتسب للمحاكم الدولية ، فإن عليها أن تطبق قانون القاضى Lex Fori وهو القانون الدولى .

ولاشك أنه يمكن بسهولة استظهار صفة الدولية فى تلك المحاكم التى تنشأ فى إطار المركز الدولى ، ذلك أن وثائق اتفاقية إنشائها تؤكد على أن تلك الاتفاقية قد وضعت أساساً لإيجاد هيكل للتحكيم الدولى International Arbitration Machinery يستطيع فيه الأفراد Private Individuals والشركات الخاصة أن تحصل على نفس الوضع التى تحصل عليه الدولة فى ادعاءاتها أمام محكمة العدل الدولية . ومن ثم يكون حق محكمة تحكيم المركز فى تطبيق قانون القاضى ، أى القانون الدولى غير قابل لإثارة التساؤل أو الاختلاف .

أما عن أحكام هيئات تحكيم المركز:

فقد تطورت وجهة النظر التى تسود فى تحكيم المركز الدولى بشأن تطبيق قواعد القانون الدولى من خلال الأحكام التى صدرت فى

---

(١) See Comments of Broches in the legal committee , meeting, Dec. 7,64 , SID/ Lc/ SR/ 14 (dec 30, 1964) . p. 5 .

(٢) G . Schwarzenberger, Foreign Investments and International Law, New York, Frederick A praeger, 1969 p. 221 .

تحكيما كلوكنر Klockner [١] وأمكوAMCO [٢] والتى تتوافق مع الاقتراح البعض[٣] - وهو على حق - أنه يجب فى المجرى العادى للأمور ، أن تطبق المحكمة قانون الدولة الطرف فى النزاع ، على أن تعود فتختبر النتائج التى توصلت إليها فى ضوء قواعد القانون الدولى . اعمالاً للقواعد العامة وحتى لا تخالف بحكمها قاعدة تدرج القواعد القانونية . هذا فضلاً عن أن للمحكمين الرجوع إلى مبادئ القانون الدولى فقط حين يستلزم الأمر ذلك ، بعد البحث الشامل فى قانون الدولة المضيفة وتطبيق القواعد المناسبة فيه وهكذا فإن المادة ١/٤٢ لاتسمح للمحكم بتأسيس قراره على مبادئ القانون الدولى وحده[٤].

وبعبارة أخرى لاحظت المحكمة فى تحكيم أمكو أن نص المادة ١/٤٢ فقرة ثانية لا يخول للمحكمة سلطة تطبيق القانون الدولى إلا لسد الثغرات Fill up Lacunae فى القانون الوطنى الواجب التطبيق ، وللتأكد من اتفاق قواعده التى ستطبق مع قواعد القانون الدولى .

ومن الأحكام المنشورة التى أثارت نقاشا طويلاً فى الفقه وتبين

---

(١) Decision of The adhoc committee of May 3, 1985. Para. 69, ICSID Rev., 1986, p. 89 .

(٢) Decision of The adhoc committee of May 16, 1986, Para. 19 - 22, I.L.M., Vol. 25,1986, p. 1439 .

(٣) Broches : The convention on ... op . cit, p. 392. Goldman, Le droit applicable ...., op . cit., p. 151 .

وكذلك:

Lauterpacht, The warld Bank convention on the settement of international investment disputes, in Recueil d'etudes de droit international en homage a paul Guggenheim (1968), p. 642 – 660.

(٤) See Klockner Decision, Supra, Para. 69.

الفرق بين أحكام هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية وتحكيم المركز الدولى لتسوية نزاع الاستثمار ،، الحكم الصادر فى تحكيم هضبة الأهرام SPP [١] .

---

(١) بدأت وقائع هذا النزاع فى عام ١٩٧٤ عندما اتفقت شركة SPP التى تنتمى إلى هونج كونج مع السلطات المصرية على إنشاء مشروع سياحى متكامل بالقرب من أهرامات الجيزة . إذ اتفقت الشركة فى ١٩٧٤/٩/٢٣ مع الهيئة العامة للسياحة (إيجوث) وبموافقة الحكومة المصرية على دخول الشركة والهيئة فى إنشاء مشروع مشترك ، مع التزام الحكومة بتجهيز الأرض المطلوبة للمشروع . وفى ١٢ ديسمبر ١٩٧٤ وقع اتفاق آخر بين الشركة والهيئة ليضعوا به المشروع المشترك والتزامت الطرفين فى حيز النفاذ . وجاء فى صفحته الأخيرة وبعد التوقيع عبارة " صدق عليه وأجيز "
Approved, Agreed and ratified by the minister of Tourism
مصحوبة بتوقيع الوزير وختم . وكان قد بدأ فى التنفيذ فى يوليو ١٩٧٧ حين ووجه ذلك بمعارضة كبيرة داخل مصر وخارجها باعتبار أن فى إنجاز المشروع إضرار بالآثار التى تعد جزءاً من الميراث الثقافى العالمى The World Cultural Heritage .
وفى مايو ١٩٨٧ سحبت الحكومة موافقتها على المشروع ووضعت بذلك نهايته .
وفى ٧ ديسمبر ١٩٧٨ قدمت الشركة وشركاؤها فى سويسرا طلباً للتحكيم إلى غرفة التجارة الدولية ورغم منازعة الجانب المصرى فى اختصاص المحكمة إلا أن حكم التحكيم صدر فى ١٩٨٣/٢/١٩
ICC Case No. 3493, I.L.M., Vol. XXII, 1983 , p. 752 .
قاضياً ضد الجانب المصرى بالتعويض ، وفى الطعن على الحكم أمام المحاكم الفرنسية قضت محكمة استئناف باريس بإلغاء Vacted الحكم فى ١٩٨٤/٧/١٢ وقدم طعن بالنقض فى ١٩٨٧/١/٦ .
Voir : Ph . LebOulanger : Etat , Politique et Arbitrage L'affaire du plateau des pyramides , Rev . Arb ., 1986 . p. 3 .
وفى هذه الأثناء كانت الشركة المدعية قد اتخذت إجراءات لتنفيذ الحكم فى هولندا حيث استصدرت حكماً من محكمة أمستردام بالإعتراف بالحكم فى نفس اليوم الذى ألغى فيه الحكم الأصلى من محكمة استئناف باريس .
District Court , Amsterdam , Judgment . Of July 12 , 1984 , I . L . M . Vol ., 24 , 1985 , p. 1040 .
ذلك الحكم الذى استئنفته مصر إلا أن الطرفين اتفقا على وقف الاستئناف إلى حين صدور حكم محكمة النقض الفرنسية التى انتهت إلى رفض الطعن .
Cass : Civ ., ire , 6 Janvier 1987 , Rev . Arb , 1987 . p. 469 , Note Ph . Leboulanger .
كما أنها اتخذت إجراءات للتنفيذ فى المملكة المتحدة حيث دفع بفكرة سيادة الدولة Sovereign Immunity .. أنظر الحكم فى:

وكانت ديباجة الاتفاق المبرم فى عام ١٩٧٤ - والتى اعتبرت جزءاً من الاتفاق - قد أشارت إلى أنه أبرم وفقاً للقوانين المصرية بما فى ذلك القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بشأن إصدار قانون تنظيم استثمار المال العربى والأجنبى والتى تشير مادته الثامنة إلى أن التحكيم يلعب دوراً هاماً فى التوصل إلى تسوية عند الخلاف .

فضلاً عن إن الاتفاق اللاحق والمبرم فى ١٢ ديسمبر ١٩٧٤ كان قد تضمن شرطاً للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ، وإن الاتفاق قد روعى فيه أحكام القوانين المصرية بما فى ذلك القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٤ .

ويقدم هذا الاتفاق مثالاً آخر لأسلوب صياغة غامض ، وإن لم يؤد كما حدث فى تحكيم ليتكو إلى اتفاق الأطراف بل على العكس

High Court of Justice , Commercial Court , Judgment of March 19 , 1984 , and court of appeal (Civil Division), Judgment of March 19 , 1984 , 10 Y . B . Com. Arb., 504, (1985) .

وفى ذات الوقت كانت الشركة قد قدمت طلباً للتحكيم لدى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار فى ٢٨ أغسطس ١٩٨٤ . حيث فصلت هيئة التحكيم فى اختصاصها فى عام ١٩٨٥ ، ١٩٨٨ ثم أصدرت حكمها فى ٢٧ مايو ١٩٩٢ حيث قدمت الحكومة فى ٢٧ مايو ١٩٩٢ طلباً لإلغاء الحكم وتشكلت هيئة خاصة للنظر فى الحكم فى ١٩٩٢/٦/٢٥ إلا أنه فى ١٩٩٢/١٢/١١ اتفق الأطراف على تسوية النزاع.

See 9 News from ICSID, No. 2, at 2 , 1992 and 10 News From ICSID , No. I, at 2, 1993 .

وفى ٩ مارس ١٩٩٣ أصدرت الهيئة الخاصة قراراً يفيد عدم استمرار الإجراءات .

See W . Laurence Craig : The Final Chapter in the pyramids case : Discounting an ICSID Award for Annulment Risk, ICSID Rev. Vol . 8 , No. 2 , 1993 . p. 264

See also , Delaum : L'affaire du Plateau des Pyramides et Le CIRDI Considerations sur le droit applicable ., Rev Arb , 1994 - No. 1 p. 39 et Suiv .

أدى إلى عدم الاتفاق بين الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق مما أدى أيضاً إلى صدور حكم لا يخلو من الغموض .

ففيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق ينبغى أن نميز بين مرحلتين :

تختص الأولى بمرحلة نظر الدعوى أمام هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية .

وتتعلق الثانية بمرحلة نظرها أمام هيئة تحكيم المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار .

أولاً : تحديد القانون الواجب التطبيق فى تحكيم غرفة التجارة الدولية:

لم يكن هناك تعبيراً صريحاً عن إرادة الأطراف فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق ، لا فى الاتفاق الأصلى ولافى ذلك الملحق به . ومع ذلك فقد اتفق الأطراف على أن الظروف المحيطة بالاتفاق تشير إلى - كما ذهبت هذه المحكمة - أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى(١).

وأضافت المحكمة فى حكمها أن البحث فيما تشير إليه الضوابط المستمدة من العلاقة العقدية كان سيؤدى إلى نفس النتيجة بمجرد تطبيق المبادئ المعروفة فى تنازع القوانين(٢). وهى تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار .

---

(١) ICC. SPP. Award, Supra, Para. 49.

(٢) bid

" That failing contractual designation of the govering Law of the same result (I . E. Reference to the law of the host country) would also normally be achieved by applying the ordinary priciples on conflict of law "

ورغم عرض النزاع على غرفة التجارة الدولية إلا أن هيئة التحكيم أشارت فى حكمها إلى المادة ١/٤٢ من اتفاقية إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ، وإن لم تكن واجبة التطبيق فى تحديد القانون الواجب التطبيق فى النزاع المعروض عليها ، طالما أن الأطراف قد فضلوا رفع الأمر إلى هيئة تحكيم هذه الغرفة لا إلى هيئة تحكيم المركز الدولى[٢].

وإذ لاحظت هيئة التحكيم أن القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٤ قد أشار إلى اتفاقية إنشاء المركز الدولى ، اتجهت إلى أن مبادئ القانون الدولى العام كمبدأ قدسية العقد ، ومبدأ التعويض العادل عن إجراءات مصادرة الملكية ، قد صارت جزءاً من القانون المصرى .

ذلك أن الإشارة إلى اتفاقية إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار يجب أن تفسر كدليل قاطع على النية المصرية الواضحة للالتزام بالمبادئ المشار إليها ، والتى تمثل الفلسفة الأساسية التى أخذ بها واضعو الاتفاقية[٢]. واستخلصت المحكمة أن الإشارة إلى القانون المصرى - الواردة فى الديباجة - يجب أن تشتمل كذلك على مبادئ القانون الدولى التى يمكن أن تطبق والتى تقوم عليها القوانين المصرية ولا تتعارض معها[٣].

وإزاء تعرض هذا الحكم للإلغاء أمام محكمة استئناف باريس عام ١٩٨٤ والطعن فيه فقد لجأت الشركة المستثمرة إلى رفع الأمر

---

(١) فى التأكيد على أن ما ورد فى المادة ٤٢ من اتفاقية انشاء المركز الدولى قد صار مبدأ عاما واسع التطبيق أنظر رأى .

Delaum : state contract and transnational arbitration, A.J.I.L., Vol, 74 , p. 784 - 786 .

(٢) ICC. SPP. Award, Supra, Para. 49.

(٣) Ibid.

إلى هيئة تحكيم المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بموجب طلب تقدمت به فى ٢٨ أغسطس ١٩٨٤ وحكم فيه فى ٢٠ مايو ١٩٩٢ .

ثانياً : تحديد القانون الواجب التطبيق فى تحكيم المركز الدولى :

قبل أن تفصل هيئة التحكيم فى مسألة القانون الواجب التطبيق لخصت وجهات نظر الطرفين لتصل إلى نتيجة ما ، وقد جاء ذلك على النحو التالى :

(أ) رأى الحكومة المصرية وشركة ايجوث :

١ - ذهب المدعى عليهم إلى أن الأطراف قد اتفقوا ضمنياً علـــى تطبيق القانـــون المصرى اعمالاً للفقرة الأولى من المادة ١/٤٢[١].

وأن اتفاق الأطراف بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق لا يلزم أن يكون معبراً عنه صراحة ، مبرهنين على ذلك بأن اختيار القانون المصرى فى هذا التحكيم يستدل عليه من ديباجة مقدمة الاتفاق التى تشير إلى القوانين المصرية ١ ، ٢ لسنة ١٩٧٣ والقانون ٤٣ لسنة ١٩٧٤ . وأن القانون الأخير ينص على أن " المسائل التى لم يغطيها هذا القانون تنظمها القوانين واللوائح النافذة فى مصر" .

ومن ثم استخلص الطرف المصرى أن الأطراف لم يختاروا قانوناً غير القانون المصرى . وأن جميع أوجه القصور فى المسائل

---

(١) ورد هذا الرأى فى تعليق الحكومة على ما ورد فى ديباجة الاتفاقية .
“sur Le droit Applicable au Litige “
حيث أكدت على أن الأطراف قد اتفقوا على تطبيق القانون المصرى .
قارن أيضاً ..
ICSID SPP Award, Para. 34 .

التى لم ينظمها قانون الاستثمار تخضع للتنظيم الذى وضعه النظام القانونى المصرى بصفة عامة .

٢- وقد رأى الطرف المصرى أنه لا مجال لتطبيق الفقرة الثانية من المادة ١/٤٢ ، باعتبار أنها لا تطبق إلا فى غياب اتفاق الواضح بين الأطراف .

وهكذا أثبت الطرف المصرى أن القانون الدولى لا يلعب إلا دوراً محدوداً للغاية ، فلا يطبق إلا بصورة غير مباشرة من خلال المبادئ والقواعد المندمجة فى القانون المصرى (مثل نصوص الاتفاقيات التى وقعتها مصر ولاسيما اتفاقية اليونيسكو لسنة ١٩٧٢ لحماية التراث الثقافى والطبيعى العالمى .

ب - رأى شركة SPP :

ذهبت الشركة المدعية إلى استبعاد فكرة الاتفاق الضمنى على التطبيق المطلق للقانون المصرى . وطالبت بأن تكون الفقرة الثانية من المادة ١/٤٢ هى الواجبة التطبيق وبالتالى بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة وقواعد القانون الدولى التى تقبل التطبيق للفصل فى النزاع إذ ورغم إقرار الشركة بأن استثمارها فى مصر يخضع بداءة للقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ ، إلا أنها نازعت فى أن تنظم نصوص هذا القانون كل أوجه النزاع. وهنا ظهر لاخلاف بين هذه الوجهة من النظر ووجهة نظر الجانب المصرى.

وبناء عليه فقد استخلصت هيئة التحكيم أنه لا يوجد اتفاق بين الأطراف على القواعد القانونية التى يجب عليها اتباعها . ووجدت أنه يمكن تلخيص النزاع بين الطرفين بشأن القانون الواجب التطبيق فى الاختيار بين:

(أ) الفقرة الأولى من المادة ١/٤٢ (الموقف المصرى) .

(ب) الفقرة الثانية من المادة ١/٤٢ (موقف الشركة المدعية) .

وفى ظل هذه الظروف كان يمكن تحديد مهمة المحكمة فى :

(١) التأكد ، كمسألة أولية ، مما إذا كانت النصوص الواردة فى ديباجة الاتفاقية (التى تعد - كما أوضحت المحكمة فى البند/٤٤ من الحكم - جزءاً من الاتفاقية وفقاً للبند الأول منها) تمثل نقطة اتفاق بين الأطراف بالمعنى المقصود فى الفقرة الأولى من المادة ١/٤٢ .

(٢) فإن تأكدت من عدم وجود اتفاق وجب على المحكمة أن تطبق القانون المصرى وقواعد القانون الدولى التى تقبل التطبيق ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١/٤٢ .

بمعنى أن المحكمة لن تستطيع تطبيق قواعد القانون الدولى إلا بعد أن تتأكد أولاً من محتوى القانون المصرى[١]. إلا أن هيئة المحكمة لم تراع ذلك بل اختارت أن تتبع أسلوباً آخر .

---

(١) Comp. Le Tco Award, Supra, 658 .
حيث أخذت المحكمة بالمعيار المشار إليه فى المتن حين قررت أن :-
" This provision of the ICSID convention envisages that, in the absence of any express choice of law by the Parties, The Tribunal must apply a system of concurrent law . The Law of the contracting state is recognized as paramount within its own, territory, but is nevertheless subjected to control by International Law . The role of International Law as a " Regulator " of national systems of law has been much discussed with particular emphasis being focused on the problems likely to arise if there is divergence on a particular point between national and international law . No such problem arises in thr present case . The tribunal is satisfied that the rule and principles of liberian law which it has taken into account are in

فقد رأت أنه ينبغى أن تهتم فى المقام الأول بتقليل الفجوة بين وجهات نظر الطرفين ، ورأت أن مصادر القواعد القانونية التى ستطبق ستؤدى إلى نفس النتيجة ، سواء كانت هى القانون المصرى المتضمن لقواعد القانون الدولى المتمثلة فى اتفاقية اليونسكو أم كانت قواعد القانون المصرى والقانون الدولى . وأن اختلاف الأطراف على الأسلوب الذى تطبق به المادة ١/٤٢ ليس له تأثير وإن وجد فسيكون تأثيراً لا يذكر[١].

واتجهت هيئة التحكيم إلى أنه " لا يمكن استبعاد التطبيق المباشر للقانون الدولى فى بعض الأحوال .... " مستندة فى ذلك إلى قولها " بأن القانون المصرى مثل أى نظام قانونى وطنى ، ليس نظاماً كاملاً ، وعندما تكون هناك ثغرات فى قواعده فلا يمكن القول بأن هناك اتفاق على تطبيق قاعدة قانونية لم توجد فيه ولو حتى من الناحية النظرية " . ومن ثم وفى مثل هذه الحالة يجب أن يقال أن هناك اتفاقاً غائباً وبناء عليه وكنتيجة منطقية ، تجد الفقرة الثانية من المادة ١/٤٢ لنفسها دوراً للتطبيق[٢].

ولاشك فى أن هيئة التحكيم استخدمت صيغة واسعة وغامضة تعرض الحكم للنقض .

---

conformity with generally accepted principles of public international law governing the validity of contracts and remedies for their breach .

ومن ثم يستخلص أن مسألة تطبيق القانون الدولى لا تثور إلا إذا وجد أن هناك تعارض بين أحكام القانون الوطنى للدولة المتعاقدة بشأن نقطة معينة والأحكام التى توجد فى قواعد القانون الدولى

(١) ICSID SPP. Award, Supra, Para. 78.

(٢) Ibid. Para. 80.

وقد تجاهلت المحكمة بذلك الاجابة على السؤال الآتى :

هل هناك مجال لتطبيق القانون الدولى فى ظل تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١/٤٢ ؟

ونحن نؤيد ما ذهب إليه البعض من إنه لا يوجد مبرر كاف للتأكيد على أن كل النظم القانونية الوطنية تنطوى على ثغرات وأوجه قصور[١]. فضلاً عن أن الحظر التقليدى الخاص بتجنب إنكار العدالة Non Liquet والدور الذى تقوم به المحاكم الوطنية - بما فى ذلك المحاكم المصرية[٢]- لسد الثغرات Gap - Filling يكفى بذاته لتحقيق ما تبتغيه هيئة التحكيم من قواعد القانون الوطنى للدولة الطرف فى النزاع .

بل أن النقص المحقق فى قواعد القانون الدولى الإقتصادى - بوضعه الحالى - لاسيما فيما يتعلق بعقود الدولة ، يستلزم عناية خاصة لاستكماله من خلال الرجوع إلى النظم القانونية الوطنية باستخلاص المبادئ القانونية العامة المناسبة[٣].

وتلك هى الوظيفة التى أشارت إليها واستخدمتها هيئة التحكيم ذاتها فى موضع آخر ، حين رجعت إلى القانون لتحديد نسبة الفوائد المستحقة Interest Rates [٤] .

وفوق كل ماتقدم فإن النتيجة التى استخلصتها المحكمة - والتى لا نؤيدها لابد وأن تفرغ الفقرة الأولى من المادة ١/٤٢ من أى معنى.

---

(١) Deloume, op. cit.,P. 248.

(٢) يلاحظ أن الرأى المنفرد الذى ألحق بالحكم يقرر فيه المحكم أن مراجعة المادة ١ فقرة ٢ من القانون المدنى المصرى تبين لنا أنه من الصعوبة بمكان القول بأن إحتمال وجود ثغرات فى النظام القانونى المصرى يمكن أن يؤدى إلى إنكار العدالة .
See , Dissenting opinion , Supra , 479 .

(٣) راجع تطبيق المبادئ العمة للقانون، رسالتنا السابق الإشارة إليها ص ٧٤٢.

(٤) إذ سلمت المحكمة بأن تحديد نسبة الفوائد يجب أن يتم وفقاً للقانون المصرى نظراً لعدم وجود قاعدة فى القانون الدولى تثبت وتحدد نسبة الفوائد ، أو تغاير الحدود التى فرضها القانون المصرى .
ICSID SPP Award . Supra , Para , 222 .

وفى رأينا أنه إذا كان - كما تقول المحكمة - كل قانون وطنى مشوب بأوجه من الثغرات ، فإن النتيجة التى يؤدى إليها ذلك أن اختيار الأطراف لأى من القوانين سينتهى دائماً إلى عدم العمل به Defective نظراً لاستحالة اكتمال قواعده .

ومن ثم تفقد الفقرة الأولى من المادة ١/٤٢ ، التى استهدفت أن تكون القاعدة الأولى التى ترجع إليها أى محكمة فى فض تنازع القوانين ، الهدف من وجودها .

ذلك أنه وفى كل الحالات بغض النظر عن اختيار الأطراف ستفصل هيئة التحكيم فى النزاع طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١/٤٢ . ولاشك فى تعارض هذه النتائج مع الأهداف والفلسفة التى تغياها واضعو الاتفاقية . وهو الأمر الذى دعا الطرف المصرى لطلب تشكيل هيئة خاصة للنظر فى إلغاء هذا الحكم .

المطلب الثالث
تطبيق القانون عبر الدولى
ودور المركز فى تطوير القواعد القانونية

إزاء عدم كفاية التنظيم القانونى التقليدى القائم ، ثارت عدة أسئلة حول وجوب إسناد العلاقة العقدية إلى واحد أو أكثر من القوانين الوطنية من عدمه ؟ لاسيما وأن العلاقة قد ترتبط بأكثر من قانون وطنى وقد تكون هذه القوانين غير واضحة أو تتسم قواعدها بوجود ثغرات لا تغطيها بالتنظيم الملائم .

من هنا ظهر جانب هام فى الفقه الغربى يدافع عن وجود ما أطلق عليه القانون عبر الدولى Transnational Law وهو عبـــارة عـــن نظام تتسم قواعده بخصائص توفيقية

Intermediare [١] . فلا هو بالقانون الدولى العام ولاهو بقانون وطنى محدد وأنه يجد مجالاً للتطبيق على المسائل المتعلقة،بعقود التنمية الاقتصادية فى حالة عدم تمكن الأطراف أو المحكمة من تركيز العلاقة فى اطار أحد الأنظمة القانونية الوطنية المتصلة بعناصر العلاقة أو فى اطار القانون الدولى العام [٢].

وقد ذهب البعض إلى أن القانون عبر الدولى يشمل كل الصور القانونية التى تنظم العلاقات التى تتخطى الحدود الوطنية بما فى ذلك القانون الدولى العام أو الخاص[٣].

وأن هذا النظام يستمد قواعده من المعاملات التى تتم فى مجال هذه العقود ، ومن أحكام التحكيم وماتستخلصه من قواعد عامة تستنبطها من القوانين الوطنية[٤] والدولية .

ومن ثم يتكون هذا النظام من مجموعة الأعراف الدولية والمبادئ القانونية العامة التى تستخلصها محاكم التحكيم[٥] التى تمثل

---

(١) G . R. Delaume : Compartive Analysis as a Basis of law in state contracts : The myth of the lex mercatoria , tulane law Rev,Vol. 63 , No. 3 .Feb . 1989 . p. 575 .
أنظر أيضا الأستاذ الدكتور / أحمد عبد الحميد عشوش . النظام القانونى للاتفاقيات البترولية فى الدول العربية - رسالة القاهرة ١٩٧٥ . ص ٧١٣ ومابعدها .

(٢) ويظهر ذلك بوضوح - فى رأى هذا الاتجاه - حينما يتضمن اعقد نصا على تطبيق قواعد القانون الدولى أو المبادئ العامة للقانون . وهو ما يمكن ملاحظته فى اتفاق أرامكو مع السعودية .
Amerasinghe , op . cit ., p. 16 .

(٣) Jeussup . Transnational Law . Yale Univ . press , 1956 , p. 2 .

(٤) CF . J . F . Lalive : Contrats entre etats au entreprises etatique et privees , developpment recent , RCADI , 1983 , T . 181. vol. 111 , p. 9 - 288 . spec . p. 185 .

(٥) Ph. fouchard: Les usages , L' arbitre et le Juge : A propos de quelques recent arrets francais , melanges Goldman , p. 67 .
See also : Mc Nair : The general principales of law recognized by civilzed . XXXIII . B . Y . B . I . L . , 1957 . p. 15 - 19.

المصدر الخصب لقواعد هذا النظام القانونى الجديد ، وتستمد الزاميتها من الشعور بأنها مبادئ يعمل بها فى المجتمع الدولى[١].

ويرى هذا الاتجاه إنه فى حالة عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق فى عقد من عقود التنمية الاقتصادية فإن المبادئ المشار إليها تكون هى القواعد الواجب على المحكمة تطبيقها فى النزاع[٢] باعتبار أن نيتهم اتجهت إلى ذلك[٣]. وأن هذه القواعد هى الأكثر ملائمة للتطبيق على عقود الدولة للتنمية الاقتصادية أمام هيئات التحكيم[٤] . ويذهب البعض منهم إلى أن تطور هذه القواعد سيكفل مزيداً من الحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة[٥] وإن اتخاذ القانون عبر الدولى كقانون أكثر ملائمة

---

(١) M . Boulouis : Les principes generaux du droit : Aspects de droit international public , dans Journees de la societe de legislation comparee , anne 1980 . p. 263

وقد ذهب إلى بيان دور المبادئ العامة للقانون فى تجنيب القضاء إنكار العدالة لعدم وجود نص مكتوب إذ للمحكم أن يستنبط من المبادئ العامة الحلول للمشكلات التى لم يتوافر فيها عرف فى التجارة بين المتعاملين فى المجتمع التجارى الدولى.

(٢) فى هذا الاتجاه أنظر الأحكام التى صدرت فى تحكيم شركة سفير ضد شركة البترول الإيرانية منشور فى :

Columbia J. Tran. L. , 3 , 1964 , 152 .

وتحكيم أرامكو ضد السعودية منشور فى

I . L . R . , 27 , 1963 , 117 .

وتحكيم ليناجولد فيلدز ضد الحكومة السوفيتية منشور فى

Cornell law quarterly by , 36 , 1950 , 39 .

وتحكيم شيخ قطر والتعليق عليه فى مؤلف

Lord Mc Nair , op . cit ., p. 13 .

وفى شرح هذه الأحكام والاستدلال راجع رسالتنا مرجع سبق ذكره ص ٦٨٥ ومابعدها.

(٣) MC. Nair, op. cit., P.10.

(٤) Ibid, P. 6 .

(٥) Lalive, op. cit., P. 1010.

للتطبيق على النزاع هو أمر منطقى لاسيما إذا نظرنا إلى التحكيم كأفضل الوسائل لتسوية النزاع .

وأن تطبيق هذا النظام القانونى المرن Hybrid Legal System قد يساعد على تخطى الصعوبات التى تنتج عن وجود ثغرات فى ايا من القانون الوطنى للدولة المضيفة أو القانون الدولى أثناء محاولة إصدار حكم فاصل فى النزاع .

ونحن نميل إلى الأخذ برأى فى الفقه الأمريكى يذهب إلى أن الأعمال التمهيدية للمادة ١/٤٢ وإن أشارت إلى كون صياغتها قد راعت التوفيق بين اتجاهات أطراف النزاع ، إلا أن هذه المادة لاتسمح بتطبيق قانون آخر غير القانون الوطنى للدولة المتعاقدة والقانون الدولى طالما لم يكن هناك اختيار صريح من الأطراف لقانون ما ليحكم علاقتهم ومن ثم فلن يكون لقواعد وأعراف التجارة الدولية مكاناً للتطبيق فى ظل الفقرة الثانية من المادة ١/٤٢[١] ليقتصر دور المحكمة فى هذه الحالة على ماتستنبطه من قواعد القانون الدولى وقانون الدولة المضيفة من مبادئ .

دور المركز الدولى لتسوية منازعات الإستثمار فى تطوير القواعد القانونية:

إذا كان جائزاً لهيئة تحكيم المركز تطبيق المبادئ العامة للقانون ، ولاسيما المبادئ التى تقبل التطبيق على عقود الدولة للتنمية الإقتصادية[٢].

---

(١) Delaum , L'affair , ... , op . cit p. 62 - 63 .
وكذلك لنفس المؤلف
The Proper Law ... , op . cit . p. 79 .

(٢) لاسيما وأن نص المادة ٣/٤٨ من الاتفاقية تنص على ان :
" The Award shal deal with every question submitted to the tribunal and shal stats reasons upon which it is based"

الأمر الذى يسمح لنظام التحكيم للمركز بأن يتمتع بوضع متميز بين نظم ولوائح هيئات التحكيم المؤسسى التى تعمل فى مجال التحكيم الدولى الخاص[١]. فإن تطوير المبادئ العامة للقانون واستنباط الجديد منها يصير ناتجاً من نواتج الأحكام التى تصدرها هيئات تحكيم المركز بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق .

وبعبارة أخرى فإن هيئة التحكيم إذا ما وجدت ثغرات أو أوجه نقص فى النظام القانونى أو الدولى الذى تطبقه[٢] أو تعارضاً بين قواعد كل منهم ، فقد تلجأ إلى تطبيق بعض المبادئ أو القواعد القانونية المستمدة من نظم قانونية أخرى أو التى تقوم هى باستنباطها لتصدر حكماً عادلاً وفاصلاً فى الموضوع .

ولا يختلف عملها هذا عما جرى عليه العمل فى المحاكم الدولية التى اتبعت نفس الأسلوب فى العديد من الأحكام البترولية الشهيرة[٣]. إلا أن الدور الذى تقوم به هيئات تحكيم المركز الدولى يتميز بميزتين تستمدا من اتفاقية إنشائه :

وبالتالى يقع على المحكمة عبء تسبيب الحكم . متناولة كل التساؤلات والطلبات التى تعرض عليها . علاوة على أن نص المادة ٣/٤٢ من ذات الاتفاقية لا يسمح للمحكمة برفض الفصل فى أى طلب لعدم وجود قواعد قانونية وطنية أو دولية .

(١) ذلك أن محاكم تحكيم المركز لا تتميز فقط بأنها الوحيدة التى تعطيها اتفاقية إنشائها سلطة الفصل فى مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق . ولكن أيضاً بأنها تقوم بهذا الدور بطريقة تسمح بتطوير المبادئ القانونية لتتناسب وتسوية المنازعات التى تنشأ عن عقود التنمية الاقتصادية .

(٢) فى غياب الاختيار الصريح من الأطراف للقانون الواجب التطبيق.

(٣) لاسيما التحكيمات الآتية :-

1- Saphire international petroleum Ltd . V , National Iranian Oil Company , Columbia J . Trans , L , 1964 . p. 152 .

2- Aramco., Supra, I.L.R., No. 27., p. 117 .

3- Leana Gold Fields Ltd. Supra .

الأولى : وتتمثل فى ذلك الاتجاه الذى تضمنته المادة ٢/٤٢ والتي تحظر على هيئة التحكيم انكار العدالة استناداً على عدم وجود قاعدة قانونية أو لغموض يشوبها . الأمر الذى يدفع هذه الهيئة إلى البحث عن المبادئ القانونية المناسبة فى أى نظام قانونى ، سواء كان من النظم القانونية ذات الصلة بالنزاع أم لم تكن كذلك .

الثانية : تستمد من النص الملزم للمحكمة بأن تناقش كل المسائل التى تعرض عليها وبأن تسبب الأحكام التى تصدرها المادة ٣/٤٨ من الاتفاقية المنشئة للمركز .

ومن ثم يقع على هيئة المحكمة التزام بأن تسبب أحكامها وتدعمها بالمبادئ والقواعد القانونية ، طالما كان النزاع حول إحدى المسائل التى تدخل ضمن اختصاص المركز الدولى(١).

ومؤدى هاتين الخصيصتين أن لهيئة التحكيم أن تستنبط المبادئ القانونية العامة لتلافى إنكار العدالة ولتسبيب الحكم بأسباب تقوم على سند من القانون . فإن فعلت فسيكون لدى هيئات التحكيم التى تشكل بعد ذلك فى إطار المركز الفرصة لتطبيقها وتطويرها على المنازعات المشابهة التى تعرض عليها(٢).

4- Radio Corp. Of America, V. The National Government of China, 13/4/1935 . U.N. Recueil des sentences Arbitrales, Vol. 3, p. 1623 .

5- Ruler of quater v. Int. Marine oil Company Ltd. I.L.R., Vol, 20 , 1953, p. 534 - 547 .

(١) يلاحظ أن نص المادة ١/٢٥ من اتفاقية إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار قد قصرت لاختصاصه على المنازعات القانونية Legal dispunte التى تنشأ مباشرة عن الاستثمار .

(٢) يسمى البعض هذه المبادئ الجديدة بالقانون عبر الدولى للتنمية الاقتصادية.
Transnational economic development law.

أنظر :

وواضح أيضاً أن المادة ٢/٤٢ تعطى لهيئة التحكيم ، من خلال إلزامها بالفصل فى النزاع ، مرونة فى إصدار أحكامها فى ظروف متغيرة بقبول تطبيق المبادئ والقواعد الملائمة من أجل تجنب إنكار العدالة وإصدار الحكم العادل فى النزاع .

هذه المرونة والحرية فى الاختيار والتطبيق تساعد بلاشك فى تطوير قواعد القانون الدولى الخاصة بالعلاقات العقدية ، مما يدخل تحت مسمى القانون الدولى أو القانون الدولى للعقود ، لاسيما ما يتعلق منها بالعقود التى تبرمها الدول مع الأشخاص الخاصة الأجنبية.

وهى أيضاً من المزايا التى لم يرد النص عليها فى لوائح ونظم التحكيم المؤسسى الأخرى .

هذا فضلاً عما يقدمه نص المادة ٢/٤٢ لأطراف النزاع من التأكيد على التزام هيئة التحكيم بإصدار حكم فاصل فى نهاية اجراءات التحكيم ولو باستنباط وتطوير قواعد جديدة فى القانون الدولى .

ملاحظات ختامية :

كما رأينا فإن النظام القانونى للمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار يسمح لأطراف عقد الدولة للتنمية الاقتصادية بمجال واسع من حرية اختيار النظام القانونى الذى يطبق على علاقتهم وقنن ذلك فى المادة ٤٢ فقرة أولى . ثم حدد لمحكمة التحكيم التى تنشأ فى إطار المركز النهج الذى تسير عليه فى تحديد النظام القانونى الواجب التطبيق على النزاع القانونى المعروض عليها فى حالة عدم اتفاق

ويدرجها البعض ضمن مصادر القانون الدولى الاقتصادى. أنظر :
Amadio, pp. cit., P. 195.

الأطراف على ذلك ، فجعلت القانون الوطنى للدولة المتعاقدة هو القانون الأولى بالتطبيق وإن تركت للمحكمة فرصة التوسع فى هذا التطبيق حين جعلت مفهوم القانون الوطنى مشتملاً على قواعد تنازع القوانين بحيث يسمح ذلك بإمكانية تطبيق القانون الذى تشير إليه هذه القواعد والذى قد يكون قانون آخر غير القانون الدولى للدولة المتعاقدة . ثم جعلت للمحكمة إمكانية تطبيق قواعد القانون الدولى العام بما فى ذلك المبادئ العامة للقانون ، سواء لعدم وجود قواعد قانونية مناسبة للتطبيق على النزاع فى القانون الوطنى أو لتكملة النقص فى هذا الأخير ، أو إذا كان ذلك القانون مخالفاً لأحكام القانون الدولى .

وهكذا يسمح هذا النظام لأطراف النزاع منذ البداية ، بخلاف الحال إذا ما عرض النزاع على هيئة تحكيم مؤسسى أخرى كغرفة التجارة الدولية أو الجمعية الأمريكية للتحكيم ، بأن يعرفوا القواعد التى يتوقع أن تطبقها هيئة تحكيم المركز على النزاع .

فضلا عن أن هذا النظام يتفادى بوضوحه الغموض الذى قد يحيط بمسألة اختيار القانون الواجب التطبيق فى أنظمة التحكيم المؤسسى الأخرى فى حالة غياب اتفاق الأطراف . فلم تنص اتفاقية إنشاء المركز كغيرها على أن تراعى المحكمة العدالة والحس السليم والعادات التجارية بل حددت القواعد التى ستطبق وإن كان ذلك مشمولاً بمرونة كبيرة تسمح للمحكمة بالتجديد والتطوير المستمر للقواعد التى تطبقها بما يحقق إصدار أحكام متوازنة تراعى فيها العدالة ، وتضع بذلك حلولاً واضحة ومتطورة لمشكلة القانون الواجب التطبيق على المنازعات التى تنشأ عن عقود الدولة للتنمية الاقتصادية .

ورغم أن هذه المرونة قد تجنح بالمحكمين إلى الوقوع فى نفس الأخطاء التى وقع فيها المحكمين فى التحكيمات البترولية الشهيرة حين استبعدوا القانون الذى كان يجب تطبيقه لحساب ما يبتكرونه من المبادئ القانونية التى تخدم مصالح المستثمرين الأجانب على حساب الدولة النامية إلا أن النظام الذى وضعته اتفاقية إنشاء المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار يقلل من هذا الخطر، إذ ورغم ما تتمتع به أحكام المركز من احترام، وتعرض من يخالفها لجزاءات دولية. إلا أن فى وجود فرصة للطعن فى الحكم الصادر، أمام هيئة تحكيم خاصة تعيد النظر فى الموضوع، وفى القانون الواجب التطبيق، مما يقلل من الانتقادات التى توجه إلى النظام الذى قدمته المادة ١/٤٢ من الاتفاقية.

القسم الثانى
آثار قبول التحكيم بعد صدور حكم التحكيم والفعالية الدولية للقضاء ببطلان أحكام التحكيم

على الرغم من أن أحكام التحكيم تتمتع بخصائص الاحكام القضائية وتحوز قوة الأمر المقضى وتكون واجبة النفاذ وفقا لما ينص عليه القانون كما لا يجوز الطعن عليها بأى من طرق الطعن العاديـــة أو غير العادية، الا انها لا تنأى عن الخضوع لرقابة القضاء .

إذ لاشك فى أن رغبة أطراف التحكيم فى أن يكون الحكم نهائيا تصحبها أيضا رغبتهم فى وجود رقابة قضائية على قانونية سير اجراءات التحكيم حتى صدور الحكم وتنفيذه. تلك الرقابة التى يمارسها القضاء الوطنى فعلياً فى صور عديدة تختلف بحسب الغاية من هذه الرقابة.(١)

وقدتكون هذه الرقابة بهدف التأكد من مراعاة حكم التحكيم للشروط التى يتطلبها القانون من أجل الاعتراف به وتنفيذه حال طلب من له المصلحة فى التنفيذ .

وقد تهدف الرقابة القضائية الوطنية الى التيقن من التزام المحكم بوظيفته المعهود اليه بها من الأطراف واحترامه للقواعد القانونية المرتبطة باتفاق التحكيم واجراءاته.(٢)

---

(١) أنظر فى هذا المعنى :
Ph. Fouchard : La portée internationale de L'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine, Rev. Arb., 1997, P. 329 ets.

(٢) انظر الدكتورة حفيظة الحداد : الطعن بالبطلان على احكام التحكيم فى المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعى ، ١٩٩٧ ، ص ١١٢

ولا جدال فى قبول اعمال هذه الرقابة لتحقيق الغايات المقبولة والمشروعة سالفة الذكر خاصة فى الحالة التى يقوم فيها المحكوم ضده بالطعن بالبطلان على حكم التحكيم امام قضاء الدولة والمتزامن مع طلب المحكوم لصالحه اصدار الأمر بتنفيذ نفس الحكم من ذات القضاء (أى وحدة القضاء المرفوع امامه الطلبين) اذ من غير المتصور فى هذه الحالة أن يقرر القاضى بطلان حكم التحكيم ثم يصدر هو نفسه ذلك أمراً بتنفيذه.(١)

ومن الناحية العملية فأن الصعوبة تكمن فى حالة رفع المحكوم ضده دعوى بطلان حكم التحكيم امام قضاء دولة مختص متزامنا مع قيام المحكوم لصالحه بطلب اصدار أمر بتنفيذ ذات الحكم من قضاء دولة أخرى (أى تعدد القضاء المرفوع امامه الطلبين) . وهو الواقع القائم على الساحة الدولية وتأخذ به كافة أنظمة التحكيم الوطنية ، حيث نكون أمام نوع من الازدواجية - ان لم يكن التعددية - فى الرقابة على أحكام التحكيم.

ومن السائد فى الغالبية العظمى لانظمة التحكيم عقد الاختصاص بنظر دعوى الطعن بالبطلان على حكم التحكيم لقضاء دولة المقر التى انعقدت جلسات التحكيم على اقليمها أو لقضاء الدولة التى صدر حكم التحكيم وفقا لقانونها (اى انه يوجد تلازم أو ارتباط بين دعوى البطلان واى من النظامين ، اما دولة مقر التحكيم أو الدولة التى صدر حكم التحكيم وفقا لقانونها .

فى حين لا يوجد تلازم بين اختصاص قضاء دولة المقر واختصاص القاضى المطلوب منه اصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم

---

(١) انظر الدكتورة حفيظة الحداد : الرقابة القضائية على احكام التحكيم - دار الفكر الجامعى - سنة ٢٠٠٠ ، ص ٧

والذى قد يكون - فى غالب الأحيان - قاضيا آخر غير أى منهما .

وهنا يمكننا ان نتسأل عن مدى امكانية ترتيب حكم البطلان - الصادر من قضاء دولة مقر التحكيم أو الدولة التى تم تطبيق قانونها على النزاع - لآثار دولية فى مواجهة الدول الأخرى التى قد يطلب من محاكمها اصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الذى سبق القضاء ببطلانه، وذلك على نحو يتعين عليها معه أن ترفض هذه المحاكم اصدار الأمر بالتنفيذ؟

والواقع أن هذا التساؤل يشغل كافة المهتمين وفقه التحكيم الدولى، خاصة بعد صدور سلسلة من الاحكام التحكيمية المتعارضة اضافة إلى ظهور اتجاهات فقهية متباينة فيما يتعلق بالتأكيد على الفاعلية الدولية لاحكام التحكيم او بالجنوح نحو ضرورة ترتيب احكام البطلان لاثارها الدولية .

فاذا كانت الفعالية الدولية لاحكام التحكيم الدولية (او الاجنبية) ترتبط بالشروط التى من خلالها يمكن التمسك بالحكم التحكيمى وتنفيذه فى مختلف الدول ، فأن ذلك يتطلب العرض الموجز لمفهوم دولية حكم التحكيم .

معيار دولية حكم التحكيم:

لم يتفق الفقهاء على تحديد معيار معين للقول بدولية التحكيم أو التفرقة بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى .

فيرى جانب من الفقه الاخذ بفكرة القانون الواجب التطبيق على التحكيم ، فيكون التحكيم داخليا اذا خضع للقانون الوطنى. ويكون دوليا اذا خضع لقانون أجنبى او لنصوص اتفاقية دولية .

الا أن هذا المعيار لا يمكن التعويل عليه بصورة قاطعة

لاكتساب التحكيم الطابع الدولى فى جميع الحالات .[١]

اذ لا يستمد التحكيم دوليته من النظام القانونى المختار من قبل الأطراف ليحكم العقد ، لان دولية التحكيم مسألة مستقلة تماما عن مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.[٢]

وذهب جانب آخر من الفقه الى أن العبرة بمكان صدور حكم التحكيم .[٣] وقد علق البعض على هذا المعيار بأنه معيار غير سليم لان مكان اجراء التحكيم يعتمد إلى حد كبير على ارادة أطراف المنازعة ويتغير بتعديل تلك الارادة كما يخضع لاعتبارات الملاءمة ولا يستند الى ضابط موضوعى ، ويرى أن العبرة بخصوص دولية التحكيم هى بما يتضمنه من عناصر خارجية جدية وكذلك بماهية القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم .[٤]

بجانب آراء أخرى تستند الى جنسية المحكم أو جنسية الخصوم او المكان الذى يوجد فيه المركز الرئيسى للهيئة المنوط بها التحكيم أو مكان المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع اضافة الى معايير أخرى.[٥]

---

(١) Fouchard: quand un arbitrage est-il international. Rev arb 1970, P 59 et s.
وأنظر أيضا الدكتور سمير الشرقاوى ، مفهوم التجارية والدولية وفقا لقانون التحكيم المصرى الجديد ، مجلة التحكيم العربى ، العدد الأول ، مايو ١٩٩٩ ، ص ١٠٨ ومابعدها.

(٢) فوشارد . المرجع السابق

(٣) ورد فى القانون السويسرى للتحكيم الصادر سنة ١٩٨٧ بأن معيار الدولية فى التحكيم يتحقق حتى فى حالة اجرائه فى سويسرا متى كان محل اقامة او موطن احد الطرفين يقع خارج سويسرا وقت ابرام اتفاق التحكيم

(٤) أنظر الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ، أصول المرافعات المدنية الدولية لسنة ١٩٨٤ ص ٤١٠

(٥) وقد نصت على هذا المعيار اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ والخاصة بالاعتراف باحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها (المادة ١/١)

أما المعيار الذى أتجه اليه الفقه الحديث ويأخذ به القضاء الفرنسى فهو المعيار الذى يتعلق بطبيعة النزاع حيث يكون التحكيم دوليا اذا تعلق بنزاع ذى طبيعة دولية أى يتعلق بمعاملة تجارية دولية ولو كان يجرى بين شخصين يحملان الجنسية ذاتها ، وجرى التحكيم فى الدولة التى ينتميان الى جنسيتها .(١)

وقد أخذ القانون النموذجى للتحكيم الدولى الصادر عن "اليونسترال" سنة ١٩٧٦ بأكثر من معيار لدولية التحكيم فى المادة ٣/١ منه ، فى حالات ثلاث :

١ - اذا كان مقرا عمل طرفى اتفاق التحكيم وقت ابرام الاتفاق واقعين فى دولتين مختلفتين . أو

٢ - اذا كان احد الاماكن التالية واقعا خارج الدولة التى يقع فيها مقر عمل الطرفين :

أ - مكان التحكيم اذا كان محددا مع اتفاق التحكيم او طبقا له.

ب - اى مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذى يكون لموضوع النزاع صلة وثيقة به ، أو

٣ - اذا اتفق الطرفان صراحة على أن الموضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة .

ونلاحظ أن قانون التحكيم المصرى لسنة ١٩٩٤ قد أخذ بالحالات الثلاث التى اقرها القانون النموذجى على النحو السابق بيانه - واضاف اليها حالة رابطة تضمنتها المادة /٣ والتى تعتبر ان

---

(١) تنص المادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات الفرنسى الصادر سنة ١٩٨١ على هذا المعيار بنصها : يعتبر دوليا التحكيم الذى يتعلق بمصالح التجارة الدولية .

التحكيم يعتبر دوليا اذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية فى الاحوال التى وضحتها المادة.[١]

ويبدو أن المشرع المصرى فى القانون الجديد للتحكيم بأيراده لهذه المعايير يرغب فى توسيع نطاق مفهوم التحكيم التجارى الدولى، والذى وإن اتفقنا معه فى هذا الاتجاه ، فأننا لا نقره فى تعداده لبعض الحالات التى تدخل فى اطار التحكيم الدولى[٢] . حيث لم يكن هناك ما يدعو الى هذا التعداد اكتفاء بأتصال العلاقة محل النزاع بمصلحة اقتصادية أو تجارية دولية .

وتجدر الاشارة بأنه يترتب على تحديد الطبيعة الدولية للتحكيم اهمية كبرى ، خاصة فى بيان المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكيم[٣]. حيث تكون بالنسبة للتحكيم الدولى فى مصر هى محكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر (المادة ١/٩).

كما أن رفع دعوى بطلان التحكيم الدولى تكون أمام نفس المحكمة السابق الاشارة اليها .

اضافة الى انه يقتضى اعتبار دولية التحكيم السعى لايجاد آلية على نفس المستوى (دولية) لتحقيق أكبر قدر من الفاعلية الدولية لهذه الأحكام .

واذا كانت الغاية المنشودة من اللجوء إلى التحكيم الدولى وفق

---

(١) أنظر الدكتور احمد شرف الدين ، سلطة القاضى المصرى إزاء أحكام التحكيم ، القاهرة ١٩٩٧ ، الطبعة الثانية ، ص ٢٢.

(٢) انظر المادة /٣ .

(٣) مثل تعيين المحكمين فى حالة اخفاق الأطراف والمنازعات المتعلقة بدعاوى فرعية أو اجراءات تحفظية.

مفهومه السابق ، تتمثل فى تحقيق القدر الاعظم من الفعالية لاحكام التحكيم فانه يثور التساؤل عن كيفية الوصول إلى هذه الغاية على الساحة الدولية ، خاصة بعد صدور احكام متضاربة - على النحو الذى سنراه لاحقا - من القضاء الفرنسى بشأن مدى الاعتداد بالاحكام الصادرة بأبطال احكام التحكيم ، وهل بطلان حكم التحكيم يكتسب دائما نفس الأهمية على الرغم من اختلاف الاسباب فى الانظمة القانونية الوطنية والمعاهدات الدولية .

وهل يمكن ان تكون هناك اسباب لبطلان احكام التحكيم مقبولة دوليا وتشكل ما يمكن اعتباره من المعايير المقبولة دوليا فى مجال التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية يلتزم بها قاضى التنفيذ فى مختلف الدول اعمالا لما يمكن أن نسميه : الفعالية الدولية لاحكام البطلان.

وسنعرض للاجابة على هذه التساؤلات فيمايلى :

الفصل الأول : المعايير الدولية لفعالية أحكام التحكيم .

الفصل الثانى : الفعالية الدولية للقضاء ببطلان أحكام التحكيم.

الفصل الأول

المعايير الدولية لفعالية أحكام التحكيم

المبحث الأول

الاتفاقيات الدولية

ان نجاح اسلوب التحكيم فى حل منازعات التجارة الدولية لا يعنى خلوه من بعض المثالب ، فمازالت بعض جوانبه وما تثيره من مشكلات قانونية تستثير العديد من اقلام الفقهاء وتتناولها احكام القضاء لتدارسها ووضع الحلول الملائمة لها، اضافة الى جهود المنظمات الدولية ومراكز التحكيم المؤسسى .

ولعل من أهم المشكلات التى حظيت بالاهتمام فى السنوات الاخيرة مشكلة كيفية تحقيق الفعالية الدولية لاحكام التحكيم .

فاذا كانت الثمرة الحقيقية للتحكيم تتمثل فى الحكم الذى يتوصل اليه المحكمون فان هذا الحكم لن يكون له اية قيمة عملية اذا لم يتم تنفيذه. لان تنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه وتتحدد به مدى فعاليته كأسلوب لفض وتسوية المنازعات .(١)

ولاشك أن مشكلة تنفيذ احكام التحكيم تكون محددة الأبعاد اذا ما ظلت محصورة فى اطار النظام القانونى الوطنى ، الا ان جوانب هذه المشكلة تتعدد وتتزايد اثارها اذا ما ارتبط التنفيذ بأكثر من نظام قانونى وطنى .

ومن هنا يصبح للقانون الدولى أهمية بالغة فى تحقيق فعالية

---

(١) انظر الدكتور عصام القصبى ، النفاذ الدولى لاحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ١٩٩٣ ، ص ٤.

أحكام التحكيم ، اذ أن هذا التعاون يتفق من طبيعة المشكلة من ناحية كما أنه يتلافى من ناحية أخرى - التنوع والاختلاف الذى تشتمل عليه التشريعات الوطنية التى خصت هذه المسألة بقواعد متباينة .[١]

وقد تجلت ثمرة هذا التعاون الدولى فى ابرام العديد من الاتفاقيات الدولية على الصعيدين الدولى والأقليمى اضافة الى العديد من الاتفاقيات الثنائية التى هدفت كلها إلى تجاوز العقبات المتمثلة فى اختلاف الأنظمة الوطنية التى تحول دون الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم .

وتبدو أهمية هذه الاتفاقيات فى العدد المتزايد من الدول المنضمة اليها ، والقواعد التى وضعتها وصارت تمثل تعبيرا عن وجود قانون دولى اتفاقى لا يمكن انكاره بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم.

وسنعرض لأهم هذه الاتفاقيات على الساحتين الدولية والأقليمية .

المطلب الأول

اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨

تعد اتفاقية نيويورك من أهم الاتفاقيات الدولية التى عنيت بتنفيذ احكام التحكيم الدولية سواء من ناحية عدد الدول المنظمة اليها (١١٦ دولة)[٢] أو من ناحية نطاق تطبيق قواعدها الذى يستهدف

---

(١) A.R. Brotons : la reconnaissance et L'éxecution des senentance arbitrales étrangers, RCADI, 1984/184, Vol. I., P. 186.

(٢) انظر الدكتور عبد الحميد الاحدب : هل آن أوان تجاوز اتفاقية نيويورك لتنفيذ الاحكام الاجنبية، مجلة التحكيم العربى - العدد ٢ ، يناير ٢٠٠٠ ، ص ٨٣ ، وأنظر أيضا وثيقة اليونسيترال (A/CN .9/428)

تحقيق الطابع العالمى لها وإرساء مجموعة من الحلول التى تتفق والغاية من التحكيم وحاجة العالم المعاصر[١]. كما أن هذه الاتفاقية تعتبر محور القانون الدولى الاتفاقى فى مجال تنفيذ احكام التحكيم ، ولا تزال لها فوائدها على الرغم من وجود اتفاقيات دولية اخرى اقليمية تعنى بنفس الموضوع.

وفى الواقع أن اتفاقية نيويورك وضعت أساسا لتنظيم الاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية (ومنها احكام التحكيم الدولى) ، وحددت أسباب رفض الاعتراف بهذه الاحكام ، الا أنها مع ذلك تعرضت بشكل غير مباشر للطعن بالبطلان على احكام التحكيم من ناحية الآثار المترتبة على بطلان الحكم التحكيمى أو وقفه الصادر فى دولة مقر التحكيم ، فى النظام القانونى للدولة الأخرى المطلوب منها الاعتراف به وتنفيذه ، على أعتبار أن ذلك يعد سببا من اسباب رفض الاعتراف والتنفيذ لاحكام التحكيم.

فقد نصت المادة الخامسة من الاتفاقية على أنه " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذى يحتج عليه بالحكم الا اذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة فى البلد المطلوب اليه الاعتراف والتنفيذ الدليل على : ......

(هـ) ان الحكم لم يصبح بعد ملزما للاطراف او أنه تم ابطاله او ايقافه من قبل السلطة المختصة فى البلد التى فيها او بموجب قانونها صدر الحكم".

ومن الواضح من هذا النص أنه يتعلق بالحكم الذى تم ابطاله أو ايقافه من السلطة المختصة فى البلد التى فيها أو بموجب قانونها

---

(١) انظر Brotans ، المرجع السابق ، ص ١٨٩.

صدر حكم التحكيم موضوع البطلان او الوقف .[١]

وواضح من احكام هذه الاتفاقية انها تعترف للدولة مقر التحكيم أو الدولة التى تم تطبيق قانونها على النزاع ، بأهمية كبيرة فى حصر انعقاد الاختصاص بنظر دعاوى البطلان ضد احكام التحكيم على محاكم كل من هاتين الدولتين دون سواهما.

ووفقا لاحكام هذه الاتفاقية فان على جميع الأنظمة القانونية الاخرى ان ترفض الاعتراف بأى أثر لحكم التحكيم الذى تم ابطاله وفقا لقضاء أى من هاتين الدولتين .

فبطلان حكم التحكيم هنا له اثار تتعدى حدود هاتين الدولتين ويعتد بها فى الدول الاخرى على عكس رفض تنفيذ حكم التحكيم ، حيث يقتصر اثره على الدولة التى صدر فيها فحسب دون أن يمتد إلى غيرها من الدول، ويكون من الممكن ان نطلب من قضاء هذه الأخيرة اصدار امر بتنفيذ الحكم التحكيمى .

والمبدأ الذى تضمنته المادة ١/٥ سالفة الذكر هو وجوب تنفيذ احكام التحكيم ، فالأصل هو التنفيذ والاستثناء هو عدم الاعتراف والتنفيذ حال صدور حكم ببطلان حكم التحكيم .

فمن الواضح أن نظام معاهدة نيويورك يهدف الى التأكيد على نوع من التنسيق الدولى فى الرقابة القضائية على احكام التحكيم وتجنب أن يكون الحكم التحكيمى نافذا فى بلد وباطلا فى بلد آخر .

---

(١) انظر الدكتورة حفيظة الحداد - الطعن بالبطلان على احكام التحكيم فى المنازعات الخاصة الدولية ، مرجع سبق ذكره ص ٢٤٩. وايضا الدكتور فوزى محمد سامى ، التحكيم التجارى الدولى ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص ٤٠٩

الفعالية الدولية لاحكام البطلان :

والوسيلة التى اعتمدتها المعاهدة للتنسيق بين مواقف مختلف المحاكم الوطنية هى : اعطاء فعالية دولية لاحكام بطلان الاحكام التحكيمية . فاذا ابطلت محاكم دولة المقر حكم التحكيم ، فقد هذا الأخير فعاليته فى بلد التنفيذ. وبالتالى فان اتفاقية نيويورك تحفظ لقاضى دولة مقر التحكيم دور له الا رجحية مرتين :

* فمن ناحية فان حكمه بابطال حكم التحكيم يفرض نفسه على قضاة المحاكم فى الدول الأخرى الذين يطلب منهم وضع الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمى .

* ومن ناحية أخرى فأن هذه الا رحجية تتيح للطرف الخاسر مراجعة قاضى بلد المنشأ للابطال . وهذه المراجعة كافية لشل أى طلب للتنفيذ امام قضاء الدول الاجنبية .

وبناء على ذلك تلتزم محاكم الدول المنضمة الى معاهدة نيويورك رفض اعطاء الصيغة التنفيذية اذا ابطل الحكم فى بلد المنشأ.[(١)]

وعلى الرغم من ان اتفاقية نيويورك لم تضع نصا خاصا بأسباب البطلان الا ان نص المادة (١/٥-أ ،ب،ج،د) من هذه الاتفاقية يتطابق إلى درجة كبيرة مع اسباب البطلان التى نصت عليها

---

(١) وأكثر من ذلك فان الأثر الدولى للبطلان يمتد لسلطة قضاء الدولة التى تم تطبيق قانونها على النزاع - وهذا فى حالة كون مقر التحكيم فى دولة والقانون المطبق لحسم النزاع هو قانون دولة أخرى - ففى هذه الحالة يصبح هناك قاضيين اثنين مختصين بنظر دعاوى البطلان . وهو ما قد يؤدى إلى صدور أحكام متناقضة من القضائين دون أن تكون هناك افضلية بينهما .
أنظر الدكتور عبد الحميد الاحدب ، المرجع السابق ، ص ٨٣ .

الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى لسنة ١٩٦١ .[١]

كما أنها تتطابق بدرجة كبيرة مع حالات البطلان التى نصت عليها التشريعات الوطنية فى العديد من الدول ، وان كانت حسب النص الحرفى الوارد بالمعاهدة اسبابا لرفض الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم.

أسباب رفض الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم :

وردت هذه الاسباب فى المادة /٥ بفقرتيها والتى يمكن ردها إلى نوعين من الاسباب :

أولهما : اسباب رفض التنفيذ بناء على طلب أحد أطراف النزاع.

وثانيهما : رفض تنفيذ حكم التحكيم من قبل السلطة المطلوب اليها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم وذلك من تلقاء نفسها.

أ - رفض تنفيذ حكم التحكيم بناء على طلب احد اطراف النزاع :

عددت المادة ١/٥ من الاتفاقية أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم والتى يمكن آثارتها من قبل الطرف المعارض للتنفيذ والذى يقع عليه عبء اثبات تحققها ، وهى تنحصر فى أربعة اسباب اضافة الى سبب خامس والمتعلق بالبند / هـ من المادة ١/٥ .[٢]

---

(١) سنعرض لهذه الاتفاقية لاحقا .

(٢) تنص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨ على أن :

١ - لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذى يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة فى البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على : -

أ - أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه فى المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذى ينطبق عليهم عديمى الأهلية أو ان الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذى أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذى

وهذه الاسباب هى :

١ - نقص أهلية احد الأطراف او عدم صُحة اتفاق التحكيم :

قد تثور مسألة اهلية أطراف النزاع فى التحكيم والذين قد يكونون اشخاص طبيعيين أو من الاشخاص المعنوية وذلك عند بحث مدى صلاحيتهم لابرام الاتفاق على التحكيم لحل ما قد يثور من منازعات بينهم.

ونلاحظ أن اتفاقية نيويورك لم تحدد قواعد معينة لحسم هذه المسألة وانما تركت ذلك للقانون الواجب التطبيق على الأطراف ، بمعنى أن رفض تنفيذ الحكم التحكيمى يمكن أن يتم الحصول عليه اذا اثبت طالب الرفض أن احد أطراف النزاع كان لا يتمتع بالأهلية المطلوبة لابرام اتفاق التحكيم - عند ابرامه - وذلك طبقا للقانون المطبق على ذلك الطرف .

ومن المعروف أن الأهلية اللازمة لعقد اتفاق التحكيم تتحدد

صدر فيه الحكم .
ب - أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن اعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو باجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه .
ج - أن الحكم فصل فى نزاع غير وارد فى مشارطة التحكيم أو فى عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به ، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع اصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقى أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق .
د - أن تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذى تم فيه التحكيم فى حالة عدم الاتفاق.
هـ - أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة فى البلد التى فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم .
٢ - يجوز للسلطة المختصة فى البلد المطلوب اليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكم أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها :
أ - أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو
ب - أن فى الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام فى هذا البلد .

بالرجوع للقانون الشخصى لأطراف الاتفاق .[١]

أما فيما يتعلق بصحة اتفاق التحكيم فاذا اثبت طالب رفض التنفيذ أن هذا الاتفاق كان باطلا فان ذلك يعد مبررا كافيا لرفض التنفيذ.

وقد حددت الاتفاقية القانون الذى يتم الرجوع اليه لمعرفة مدى صحة اتفاق التحكيم وذكرت أنه القانون الذى حدده الطرفان لتطبيقه على الاتفاق. أما فى حالة عدم معرفة ذلك القانون فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التى صدر فيها حكم التحكيم .

٢ - الاخلال بحقوق الدفاع :

من المبادىء الاساسية فى اجراءات التحكيم احترام وضمان حق الدفاع لكل طرف من أطراف النزاع، وبحرية تامة وضرورة معاملة اطراف النزاع معاملة متساوية دون تمييز أو تفريق .

ويعنى حق الدفاع اعطاء الفرصة الكاملة لكل من الطرفين فى أن يقدم ما لديه من أدلة وأقوال وشهود . وهو ما يعنى اعطاء الوقت الكافى لاستدعاء الشهود والخبراء والى غير ذلك من الامور التى تجعل كل طرف فى وضع يستطيع فيه أن يدافع عن ادعائه وبكافة الوسائل .

وقد ذهب البعض الى القول أنه يرجع فى تقدير ما اذا كان هناك اخلالا بحقوق الدفاع ومداه لا يرجع فى شأنه للقانون الواجب التطبيق على الاجراءات ولا لقانون الدولة المطلوب تنفيذ حكم

---

(١) ويوجد فى العالم نظامان يتحدد بموجبهما القانون الشخصى فقد يكون قانون البلد الذى يحمل الشخص جنسيته كما هى الحال فى القوانين العربية والقانونان الفرنسى والايطالى، وقد يكون قانون الموطن كالقانون الامريكى والانجليزى ، أنظر الدكتور فوزى محمد سامى، المرجع السابق ، ص ٣٩٠.

التحكيم على اقليمها وانما يكفى فى ظل وجود هذا المبدأ أن يأخذ قاضى التنفيذ بالمبادىء المشتركة بين دول الحضارات القانونية والضمانات الضرورية لحسن ادارة العدالة وهو ما لا يرتبط بالمفاهيم الوطنية لحقوق الدفاع.(١)

وواضح أن هذا المبدأ - ايا كان القانون الذى يرجع اليه فى تقديره - من المبادىء المعترف بها دوليا ومن ثم فان الاخلال به يؤدى إلى رفض تنفيذ حكم التحكيم .

٣ - تجاوز هيئة التحكيم لاختصاصها فى نظر النزاع المنصوص عليها:

فيعد تجاوز هيئة التحكيم لاختصاصها فى نظر النزاع من اسباب رفض الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم. وذلك كأن يتضمن هذا الأخير موضوعا لم يرد فى اتفاق التحكيم الذى ارتضاه الطرفان أو أن الحكم تضمن بعض المسائل لم يتم النص عليها فى اتفاق التحكيم ولم يطلب الاطراف حسمها تحكيميا ، فمثل هذه الأمور تعد تجاوزا لسلطة المحكمين فى نظر النزاع .

ومع ذلك فانه يجوز الاعتراف والتنفيذ الجزئى لحكم التحكيم اذا امكن فصله عن باقى اجزاء الحكم الغير متفق على حلها فى اتفاق التحكيم. فاتفاقية نيويورك تجيز تجزئة الحكم التحكيمى حيث يمكن لقاضى التنفيذ أن يرفض الجزء الذى لم يتم قبول اخضاعه للتحكيم ويأمر بتنفيذ الجزء الآخر .

٤ - عدم صحة تشكيل محكمة التحكيم او الاجراءات التحكيمية :

وضعت اتفاقية نيويورك على عاتق الطرف المطلوب تنفيذ

---

(١) انظر فى عرض هذا الرأى والتعليق عليه الدكتور عصام القصبى ، المرجع السابق ، ص ٨٧.

حكم التحكيم فى مواجهته عبء اثبات أن ان تشكيل هيئة التحكيم او اجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذى تم فيه التحكيم فى حالة عدم الاتفاق .

ويتعين وفقا لهذا النص ضرورة الرجوع أولا لاتفاق الأطراف للفصل فى صحة تشكيل هيئة التحكيم او الاجراءات التحكيمية وهو ما يؤكد اتجاه الاتفاقية الذى يعتبر اتفاق التحكيم محورا لعملية التحكيم بأسرها واذا لم يتناول اتفاق الأطراف تلك المسائل بالتنظيم فيتم الرجوع لقانون دولة مقر التحكيم .

ب - رفض تنفيذ حكم التحكيم من قبل السلطة المختصة من تلقاء نفسها:

نصت الاتفاقية فى المادة ٢/٥ على حالتين يجوز فيهما للسلطة المختصة فى البلد المراد تنفيذ حكم التحكيم فيه ان ترفض اعطاء الأمر بالتنفيذ من تلقاء نفسها اذا رأت ان موضوع النزاع لا يجوز تسويته بالتحكيم طبقا لقانون البلد المراد تنفيذ الحكم فيه أو مخالفة هذا الأخير للنظام العام فى ذات الدولة .

الحالة الأولى : ان موضوع النزاع لا يجوز تسويته بالتحكيم .

فأذا كان موضوع النزاع الذى صدر فيه الحكم التحكيمى من الموضوعات التى لا يجوز حسمها بالتحكيم وفقا لقانون البلد المراد تنفيذ الحكم فيه فأن هذا يعد مبررا للسلطة المختصة فى ذلك البلد لرفض تنفيذ الحكم وهذا أمر متفق عليه وورد بشأنه العديد من النصوص فى الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية فمن غير المقبول أن نطلب من قضاء الدولة تنفيذ حكم تحكيم صادر فى نزاع تمنع قوانين تلك الدولة تسويته بطريق التحكيم.[١]

---

(١) هناك العديد من الأمثلة يوكد التزام الدول بهذا السبب كمبرر لعدم تنفيذ احكام التحكيم

الحالة الثانية : أن يكون فى الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه ما يخالف النظام العام فى دولة التنفيذ .

فاذا كان فى الاعتراف بحكم التحكيم او تنفيذه ما يخالف النظام العام فى الدولة المطلوب فيها هذا الاعتراف أو التنفيذ فان ذلك يعد مبررا لرفض الاعتراف او التنفيذ لحكم التحكيم وتكاد تجمع على هذه الحالة كافة الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم بصفة عامة او تلك المعنية بتنفيذ احكام التحكيم بصفة خاصة .

ونلاحظ أن هناك بعض الاتجاهات الفقهية ويدعمها العديد من احكام القضاء خاصة الفرنسية منها تفرق بين مفهومين للنظام العام:

النظام العام الداخلى والنظام العام الدولى .

غير أن غالبية التشريعات اضافة الى النص الصريح لعجز الفقرة الثانية من المادة الخامسة لاتفاقية نيويورك لا تعرف هذه التفرقة.

وبالتالى فان القاضى المطلوب منه اصدار الأمر بالتنفيذ يرفض اصدار امره اذا تعارض الحكم التحكيمى مع قواعد النظام العام دون التفرقة بين الداخلى والدولى .

بل ان القاضى الوطنى فى غالبية الدول لا ينظر الى الأمر بالنسبة للصعيد الدولى وانما يعتبر حارسا للنظام العام بالنسبة لبلده.[١]

ولمزيد من التفصيل . انظر الدكتور فوزى محمد سامى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٥ وما بعدها.

(١) أنظر على سبيل المثال رأى الأستاذ

J.C. Peyer: Le Juge de L'executure, Rev. arb. 1985, PP. 231-239.

ولمزيد من التفاصيل حول مفهوم النظام العام .. أنظر لاحقا عند العرض للطعن

المطلب الثانى

الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجارى الدولى سنة ١٩٦١:[١]

اعدت هذه الاتفاقية اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة لمنظمة الأمم المتحدة والتى حددت مجال تطبيقها على أحكام التحكيم التى تنشأ عن اتفاقات للجوء للتحكيم تم ابرامها لغرض تسوية المنازعات الناشئة أو التى يمكن أن تنشأ عن عقود المعاملات التجارية الدولية ، التى اطرافها اشخاص طبيعيين أو أشخاص معنوية تنتمى للدول الأطراف فى الاتفاقية اما بالاقامة العادية للاشخاص الطبيعيين أو بالمقر للشخص المعنوى.[٢]

وقد نصت ديباجة هذه الاتفاقية على رغبة الدول المتعاقدة فى تنمية التجارة بين الدول الأوربية ، والتى يساهم فيها بطريقة فعالة الاستبعاد - بقدر الامكان - لكافة الصعوبات التى تواجه التحكيم فى المنازعات الناشئة فى مجال التجارة الدولية ، وذلك من حيث اجراءاته والقانون الواجب التطبيق عليه ، وحتى صدور الحكم ووجوب ضمان تنفيذه.

ولتحقيق هذا الهدف نصت المادة التاسعة من هذه الاتفاقية والتى تعنى ببطلان حكم التحكيم فى فقرتها الأولى على أن :

"البطلان فى اجدى الدول المتعاقدة للحكم التحكيمى - طبقا لاحكام هذه الاتفاقية - لا يشكل سببا لرفض الاعتراف او تنفيذ الحكم فـــى دولـــة أخرى طرف فى الاتفاقية ، الا اذا كان حكم البطلان

بالبطلان فى قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(١) وقعت هذه الاتفاقية فى جنيف فى ٢١ ابريل ١٩٦١.

(٢) J.Robert: La convention Europenne sur :L'arbitrage commercial international, D. 1961, Chron, P. 175.

قد صدر:

- اما من قضاء دولة مقر التحكيم أو
- من قضاء الدولة التى تم تطبيق قانونها على التحكيم وذلك طبقا لأحد الاسباب الاتية :

١ - أن الأطراف فى اتفاق التحكيم لم تكن لديهم الأهلية اللازمة وفقا للقانون الذى يطبق عليهم ، أو أن الاتفاق المذكور لم يكن صحيحا طبقا للقانون الذى اتفق الطرفان على تطبيقه . وفى حالة عدم الاتفاق على ذلك وفقا لقانون البلد الذى صدر فيه الحكم .

٢ - أن الطرف الذى يطلب الابطال لم يكن قد ابلغ بتعيين المحكم او بأجراء التحكيم ، أو لم يكن بمقدوره لسبب آخر تقديم دفوعه .

٣ - أن حكم التحكيم تجاوز اتفاق التحكيم .

٤ - أن تشكيل هيئة التحكيم أو ان اجراءات التحكيم تخالف ما اتفق عليه الأطراف".

كما نصت فى فقرتها الثانية على أنه :

" فى العلاقات بين الدول المتعاقدة فى هذه الاتفاقية والتى تعد فى نفس الوقت اطرافا فى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، فان الأحكام الواردة فى الفقرة السابقة لها أثر مقيد لاسباب البطلان التى تنص عليها المادة ١/٥ - هـ من اتفاقية نيويورك".

أى أن هذه الاتفاقية تضع أسباب البطلان الأربعة كضوابط مقيدة للدول الأطراف فيها والمرتبطين فى نفس الوقت باتفاقية نيويورك ، واعتبار هذه الاسباب الاربعة للبطلان ذات اولوية فى التطبيق فيما بين الدول الأطراف فى اتفاقية جنيف ١٩٦١.

كما أنه ووفقا لاحكام هذه الاتفاقية فإن بطلان حكم التحكيم يكون ذا فعالية دولية فيما بين الدول الأطراف اذا كان قائما على احد الاسباب الأربعة الأولى والتى ورد النص عليها فى المادة ١/٥ (أ ، ب ، جـ ، د) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ .

وبناء عليه فأذا تم ابطال حكم تحكيمى (فى بلد مقر التجكيم او التى طبق قانونها على النزاع) لسبب آخر غير هذه الاسباب الاربعة سالفة الذكر :

- لعدم قابلية النزاع للتحكيم وفقا لقانون دولة مقر التحكيم.

- او لمخالفته للنظام العام فى دولة التنفيذ .

طبقا لـ (م / ٥-٢ من اتفاقية نيويورك).

فان هذا البطلان لا يكون ذا أثر مقيد لقاضى التنفيذ فى الدول المنضمة لاتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ .

ويهدف واضعوا الاتفاقية من هذا عدم تقييد القاضى المطلوب منه اصدار الأمر بالتنفيذ بحكم البطلان الذى يستند على أسباب وطنية بحتة مغايرة للاسباب الأربعة التى نصت عليها المادة ١/٩ من اتفاقية جنيف.

ونلاحظ على هذه الاتفاقية :

- أنها تؤكد على الفعالية الدولية لاحكام بطلان الاحكام التحكيمية وذلك شريطة أن تستند إلى احد الاسباب الاربعة التى نصت عليها المادة ١/٩ من هذه الاتفاقية والتى تكاد تتطابق مع ذات الاسباب الأربعة الأولى التى نصت عليها المادة ١/٥ من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨.

- كما أن الاتفاقية خطت خطوة فى سبيل اعاقة الأثر الدولى لحكم بطلان حكم التحكيم حتى مع صدوره وفقا للضوابط التى وضعتها اتفاقية نيويورك ١٩٥٨، وعلى الرغم من أن دول اتفاقية جنيف هى ذاتها من ضمن الدول الموقعة على اتفاقية نيويورك ، والتى تؤكد احكامها - كما سبق القول - على عدم تنفيذ احكام التحكيم التى صدرت بشأنها احكاما بالبطلان من قضاء أى من الدولتين مقر التحكيم أو التى تم تطبيق قانونها ، طالما كان البطلان مستندا للاسباب التى تضمنتها المادة الخامسة بفقرتيها .

- وتختلف اتفاقية جنيف فى هدفها عن اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ حيث أن الأولى تسعى الى توحيد قواعد قانون التحكيم التجارى الدولى فيما بين الدول الأطراف وهو ما يختلف عن الهدف من اتفاقية نيويورك التى تضع شروطا للاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية .

كما أن اتفاقية جنيف تؤكد على الفعالية الدولية لاحكام التحكيم وان الأصل فيها هو الاعتراف والنفاذ والاستثناء هو عدم الاعتراف والنفاذ شريطة المطابقة للأسباب الاربعة التى ورد النص عليها بالمادة سالفة الذكر .

ومن هنا يمكن القول أن اتفاقية جنيف تعد أكثر تحررية من غيرها من الاتفاقيات الدولية المعنية بتنفيذ احكام التحكيم خاصة فيما يتعلق بمسألة الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم التى تم ابطالها من قبل قضاء دولة مقر التحكيم أو قضاء الدولة التى تم تطبيق قانونها على التحكيم .

المطلب الثالث
اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطنى الدول الأخرى لسنة ١٩٦٥

أعد هذه الاتفاقية البنك الدولى للانشاء والتعمير بغرض تشجيع الاستثمارات فى الدول النامية من خلال تأمين وسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه الاستثمارات بطريق التوفيق والتحكيم [١].

وقد أكدت الاتفاقية على الفعالية الدولية لاحكام التحكيم حيث نصت المادة ٥٤ منها على ضرورة اعتراف كل دولة باحكام التحكيم والزامية تنفيذها كما لو كانت احكاما وطنية نهائية صادرة من محاكمها الداخلية .

واستثناء من ذلك فقد نصت المادة ٥٣ من الاتفاقية على الاسباب التى تعطى الحق لكل طرف من الأطراف ان يطلب كتابة من الامين العام لمركز التحكيم ابطال الحكم التحكيمى او وقف تنفيذه ذلك وفقا لاحد الاسباب الآتية :

١ - عيب فى تشكيل هيئة التحكيم .

٢ - تجاوز هيئة التحكيم لسلطاتها بشكل ملحوظ .[٢]

٣ - عدم صلاحية احد أعضاء هيئة التحكيم .

٤ - عدم الالتزام الخطير لقاعدة من قواعد الاجراءات .

---

(١) راجع الفصل الثانى من هذه الدراسة بشأن سلطة محكمة التحكيم فى اختيار القانون واجب التطبيق

(٢) من المسائل التى تعد تجاوزا لسلطة هيئة التحكيم اشتمال الحكم على أمور تخرج على نطاق اختصاص هيئة التحكيم حيث لم تكن مخولة للنظر فيها.

حيث تشكل هيئة تحكيم ثلاثية يمكن أن تبطل الحكم كليا أو جزئيا طبقا لاحد هذه الاسباب .

وتنص المادة ٦/٥٢ على أنه "اذا ابطلت الهيئة المذكورة الحكم فأنه يمكن بناء على طلب احد الأطراف اعادة نظر النزاع امام هيئة تحكيم جديدة حسبما تنظم ذلك لائحة المركز فى الباب الرابع منها المتعلق بطلب التحكيم وتشكيل المحكمة .

ويلاحظ أن الحكم الصادر عن هيئة تحكيم المركز لا يخضع لأى طريق من طرق الطعن الداخلية فى الدول الأطراف فى اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ ومن ثم لا يمكن ابطاله الا وفق الطريق الذى رسمته الاتفاقية ذاتها بناء على سبب من الاسباب سالفة البيان .[١]

المطلب الرابع

الاتفاقيات فيما بين الدول العربية

توجد العديد من الاتفاقيات التى وقعتها الدول العربية والمعنية بمسائل التحكيم الخاص الدولى ومن أهمها الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال لسنة ١٩٨٠ واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى لسنة ١٩٨٧ ، وسنعرض بأيجاز لهما فيما يخص موضوع هذه الدراسة .

أولا : الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية فى الدول العربية لسنة ١٩٨٠ :[٢]

وقد نصت هذه الاتفاقية فى ملحقها المعنون "التوفيق

(١) A.Giardina: L'execution des sentences du centre international pour le reglement des differends relatifs aux investissements, Rev, Crit. Dr. int. Pr., 1982, P. 273-276.

(٢) تم توقيع هذه الاتفاقية فى عمان بالأردن فى ٢٦ نوفمبر ١٩٨٠ .

والتحكيم" بالمادة ٨/٢ "يكون قرار هيئة التحكيم الصادر وفقا لاحكام هذه المادة نهائيا وملزما يتوجب على الطرفين الامتثال له وتنفيذه بمجرد صدوره مالم تحدد الهيئة مهلة لتنفيذه او لتنفيذ جزء منه ولا يجوز الطعن فى قرار التحكيم".

ومن الواضح أن الاتفاقية تجيز حل المنازعات الناشئة عن علاقات الاستثمار العربية - العربية بطريق التحكيم وتقرر له الحد الأقصى من الفاعلية ، حتى تجاوزت فى ذلك الاتفاقيات العالمية مثل نيويورك ١٩٥٨ وواشنطن ١٩٦٥ ، وكذا الاتفاقيات الاقليمية "كجنيف" ١٩٦١ بين الدول الأوروبية وبنما سنة [١]١٩٧٥ ومونتفيديو ١٩٧٩[٢] بين دول امريكا الجنوبية ، بالنص على الزامية تنفيذ حكم التحكيم واستبعاد طرق الطعن عليه بأى وسيلة من الوسائل.

وهى تكون بذلك رافضة لمبدأ خضوع التحكيم لأى نوع من أنواع الرقابة حسب القوانين الوطنية الداخلية او حتى التى تنص عليها الاتفاقيات الدولية كأتفاقية نيويورك .

وقد يكون واضعوا الاتفاقية - نظرا للاختلافات السائدة بين قوانين الدول العربية - رغبوا فى تجاز هذه الاختلافات والاكتفاء بكون الحكم التحكيمى نهائيا واجب النفاذ وهو ما يمثل الحد الأقصى

---

(١) ابرمت هذه الاتفاقية فى ٣٠ يناير ١٩٧٥ بين دول امريكا الجنوبية وهى تعنى بتنظيم تنفيذ احكام التحكيم الخاص الدولى وتتبنى نفس الاحكام التى تضمنتها اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن نفس حالات رفض الاعتراف والتنفيذ التى نصت عليها المادة الخامسة من الاخيرة .

(٢) تم ابرام هذه الاتفاقية فى ٨ مايو سنة ١٩٧٩ بشأن الاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، وهى تكمل اتفاقية بنما بين دول امريكا الجنوبية سالفة الذكر .

V.D. HASCHER: L'execution des sentences Arbitrales : conventions de New york, Panama et Montevideo, Bull. De la C.I. A> de la CCI, 1997, PP. 107-112.

من الفاعلية الدولية المطلوبة لاحكام التحكيم .

ثانيا : اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجارى لسنة ١٩٨٧ :

تهدف الاتفاقية الى ايجاد نظام عربى موحد للتحكيم التجارى من شأنه تحقيق التوازن فى مجال حل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية وايجاد الحلول العادلة لها كما نصت على ذلك ديباجة الاتفاقية.[1]

كما نصت الاتفاقية على انشاء (مركز عربى للتحكيم) يرتبط بالامانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب والذى صدر قرار بأنشائه فعليا فى ابريل ١٩٩٤ باسم المركز العربى للتحكيم التجارى وذلك كآلية لتنفيذ معاهدة عمان والذى يقوم بمهامه مؤقتا مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى .[2]

ونلاحظ أن هذه الاتفاقية تبنت مفهوما مستقلا للتحكيم مقاربا فى بعض اجزائه للتحكيم فى معاهدة واشنطن لسنة ١٩٦٥ حيث وضعت معاهدة عمان ١٩٨٧ نظاما خاصا للطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة من المركز العربى للتحكيم التجارى .

فقد استبعدت الاتفاقية خضوع حكم التحكيم الصادر من المركز لرقابة القضاء الداخلى حيث قررت ان الجهة المنوط بها نظر الطعن على حكم التحكيم هى لجنة يشكلها مكتب المركز وتتكون من رئيس وعضوين من بين المحكمين المسجلين بقائمة المركز ولا يجوز ان يكون احد أعضاء هذه اللجنة من المحكمين الذين اصدروا

---

(١) تم التوقيع على هذه الاتفاقية فى ١٤ أبريل ١٩٨٧ بعمان بالاردن .

(٢) انظر الدكتور محمد ابو العينين : دور ونشاط مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى المنطقة الافروآسيوية . بحث مقدم المؤتمر الدولى عن خصائص التحكيم البحرى ، ٣٠ سبتمبر - ٢ أكتوبر ١٩٩٦ بالاسكندرية ، ص ٢١.

قرار التحكيم او من بين مواطنى أحد اطراف النزاع .[١]

وقد نصت المادة ٤٣ من هذه المعاهدة على اسباب الطعن على حكم التحكيم والتى تنحصر فى الاسباب الثلاثة الآتية :

أ - اذا كانت الهيئة قد تجاوزت اختصاصاتها بشكل ظاهر.

ب - اذا ثبت بحكم قضائى وجود واقعة جديدة من طبيعتها ان تؤثر فى القرار تأثيرا جوهريا بشرط ان لا يكون الجهل بها راجعا لتقصير طالب الابطال .

ج - وقوع تأثير غير مشروع على احد المحكمين كان له أثرا فى القرار.

ولا يقبل طلب الابطال الا فى خلال ٦٠ يوم من تاريخ استلام حكم التحكيم .

ونلاحظ على هذه الاسباب أن اولها لا خلاف عليه وتقره جميع الاتفاقيات المعنية بالتحكيم سواء كانت عالمية أو اقليمية على النحو السالف البيان .

أما اسباب الطعن الواردة فى الفقرتين ب ، جـ فنعتقد أن واضعى الاتفاقية لم يحالفهم التوفيق فى الصياغة حيث أنهما يدوران حول استخدام طرق قد يكون فيها غش أو تدليس أو استخدام اساليب سيطرة ونفوذ كان على واضعى الاتفاقية الا يتطرقوا اليها خاصة وأن المحكمين المختارين يفترض فيهم الحيدة والنزاهة والامانة والحفاظ على سمعة أشخاصهم ودولهم التى ينتمون اليها، بل وأن فلسفة نظام التحكيم ذاته تفترض وجود مثل هذه المعايير فى اختيار

---

[١] انظـــر الدكتور فوزى محمـــد سامى . التحكيم التجارى الدولى ، المرجع السابق ، ص ٩٣.

المحكم ، علاوة على أن تشكيل محكمة التحكيم لا يتم الا من خلال اختيار الأطراف أنفسهم للمحكمين مما يعنى حتمية تدخل الأطراف فى اختيار المحكمين وفقا لتقديراتهم الشخصية للمحكمين .

كما أن هذين السببين (ب ، جـ) لا يوجد لأى منهما نظير فى كافة الاتفاقيات الدولية القائمة على الساحة الدولية والمعنية بمسائل التحكيم التجارى الدولى .

وعلى كل الاحوال وعلى الرغم من تحفظنا سالف الذكر فان اتفاقية عمان ١٩٨٧ تعد من الاتفاقيات التى تؤكد على الفعالية الدولية لاحكام التحكيم بعدم اخضاعها حكم التحكيم لرقابة القضاء الوطنى للدول الأطراف وإن كانت تقر امكانية الطعن على هذه الاحكام بالبطلان للاسباب السالف بيانها أمام اللجنة التى يمكن اعتبارها درجة استئنافية للحكم حال توافر احد الاسباب الثلاث السابقة.

أما فيما يتعلق بطلب تنفيذ حكم التحكيم طبقا لهذه المعاهدة فنلاحظ أنها تجعل سلطة منح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم من اختصاص اعلى محكمة قضائية فى دولة التنفيذ . والتى لا يحق لها رفض الأمر بالتنفيذ الا اذا كان الحكم مخالفا للنظام العام بها . وهو ما يعتبر احدى السمات التى تميز هذه الاتفاقية التى تضيق الى اقل قدر ممكن من حالات رفض التنفيذ. حيث ان رفض طلب التنفيذ فى كافة الاتفاقيات الدولية المعنية بهذا الامر يتجاوز مخالفة النظام العام ويشمل أمورا أخرى كما سبق ان أوضحنا.

المطلب الخامس

القانون النموذجي للتحكيم التجارى الدولى لسنة ١٩٨٥

أوردت قواعد اليونسترال الصادرة عام ١٩٧٦ تنظيما متكاملا لمعالجـــة المشكـــلات الناشئـــة عـن عـدم مناسبة التـنظيمات الوطـنية لمـا تقتضـيه متطلبات الـتحكيم الـتجارى الـدولى مـن سـرعة وفعالية ويسر.[١]

واستكمالا لهذه المسيرة اعدت لجنة القانون التجارى الدولى التابعة للأمم المتحدة فى يوليو ١٩٨٥ "القـانون الـنموذجي للـتحكيم التجارى الدولى"[٢] بهدف مراعاة الدول عند اعداد قوانينها المتعلقة بالـتحكيم او تعديلها لقوانينها مسـايرة مـا تسـتقر عليه أحكـام القـانون التجارى الدولى .

وقد أكد هذا القانون على الفعالية الدولية لاحكام التحكيم كأصل عام، واستثناء من هذا الأصل نظم طريق الطعن على احكام التحكيم حيث نصت المادة /٣٤ على كيفية الطعن واسبابه ، فاجازت امكانية الطعن بالبطلان[٣] امام محاكم الدولة التى صدر حكم التحكيم على

---

(١) أنظر نصوص قواعد اليونسيترال "UNCITRAL" لسنة ١٩٧٦ باللغة العربية منشور فى: عبد الحميد المنشاوى التحكيم الدولى والداخلى ، منشأة المعارف ، ١٩٩٥ ص ١٩١ ومابعدها.

(٢) انظر تقرير لجنة الامم المتحدة للقانون التجارى الدولى عن أعمال دورتها الثامنة عشرة للفترة من ٣-٢١ يونيو ١٩٨٥ ، الجمعية العامة - الوثائق الرسمية ، الدورة الاربعون ، الملحق IV (A/40/17) .

(٣) يرى البعض أن هذا القانون لا يتضمن سوى طريقة واحدة للطعن على الأحكام هى الطعن "بالالغاء" .
انظر الدكتور فوزى محمد سامى ، المرجع السابق ، ص ٤٢٨ . فى حين يرى البعض الآخر أن ما أورده هذا القانون يعد نوعا من "عدم الاعتداد بالحكم "Setting-a-side" انظر الدكتورة سامية راشد ، التحكيم فى اطار المركز الاقليمى بالقاهرة - ومدى خضوعه للقانون المصرى، ط ١٩٨٦ ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص ١٧١ ومابعدها.

اقليمها أو الدولة التى تم تطبيق قانونها بناء على طلب احد الأطراف شريطة تقديم الدليل أو ان تقوم به المحكمة المختصة من تلقاء نفسها .

أ - أسباب البطلان التى يتعين اقامة الدليل عليها :

١- أن احد طرفى التحكيم مصاب بأحد عوارض الأهلية ، او أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذى اخضع الطرفان الاتفاق له ، أو بموجب قانون هذه الدولة فى حالة عدم وجود ما يدل على انهما فعلا ذلك .

٢ - أن الطرف طالب البطلان لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين احد المحكمين او بأجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب آخر عرض دفاعه .

٣ - أن حكم التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده او لا يشمله اتفاق التحكيم أو أنه يفصل فى مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق مع امكانية تجزئة الحكم بفصل الاجزاء التى تم الحكم فيها دون أن يشملها اتفاق التحكيم .

٤ - أن تشكيل هيئة التحكيم او الاجراء المتبع فى التحكيم كان مخالفا لاتفاق الطرفين مالم يكن هذا الاتفاق منافيا لحكم من احكام هذا القانون التى لا يجوز للطرفين مخالفتها .

ب - اسبـــاب البطلان التى تأخذ بها المحكمة المختصة من تلقاء نفسها:

نصت على هذه الاسباب المادة ٢/٣٤ - ب من القانون النموذجى والتى تجيز للمحكمة المختصة بنظر الطعن بالبطلان أن تقضى به من تلقاء نفسها اذا وجدت ان :

١ - موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقا لقانون هذه الدولة.

٢ - ان حكم التحكيم يتعارض مع النظام العام لهذه الدولة.

ويتضح من هذا العرض ان اسباب البطلان سالفة الذكر تكاد تتطابق مع ذات الاسباب الاربعة الدولى التى تضمنتها المادة /٥-١ من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ اضافة للسببين الذين نصت عليهما ذات الاتفاقية فى المادة ٥/٢.

وأننا امام شبكة من الاتفاقيات الدولية تهدف بصفة أساسية إلى الوصول لأيسر السبل لتنفيذ احكام التحكيم سعيا وراء تحقيق الهدف الاساسى من اللجوء الى التحكيم والذى يتطلب أن يكون هناك مسعى للتنفيذ الاختيارى - من جانب الطرف الخاسر - لاحكام التحكيم ، كل ذلك بغية تحقيق الحد الأقصى للفعالية الدولية لاحكام التحكيم.[١]

وهذا لا يتعارض مع تقرير الحق للقضاء الوطنى فى اعمال الرقابة على أحكام التحكيم[٢] وهو ما يتمشى مع ما تنص عليه القوانين الوطنية.

ويمكن أن نستخلص النتائج الآتية:

١ - ان جميع الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم تعترف بامكانية الطعن على حكم التحكيم بالبطلان امام قضاء دولة مقر التحكيم أو أمام محاكم الدولة التى صدر الحكم بموجب قانونها .

---

(١) V. D. Hacher, op.cit., P. 111.

(٢) على النحو الذى سنعرض له لاحقا.

٢ - ان الاتفاقيات الدولية لم تتعرض إلى طرق الطعن بالبطلان واجراءاته وانما تركت ذلك الى التشريعات الوطنية للدول.

٣ - يترتب على صدور حكم ببطلان حكم التحكيم من قضاء احدى الدولتين ذات الاختصاص رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم فى الدول الأخرى .

٤ - أن الاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ اعتمدت اسس ومعايير لتنفيذ او عدم تنفيذ الحكم ، بمعنى أنها تلزم الدول الأطراف فيها بتنفيذ احكام التحكيم - وهذا هو الاصل - الا اذا كان هناك من الاسباب ما يعد حائلا للتنفيذ وهى ذاتها اسباب الطعن بالبطلان التى يمكن أدراجها فى طوائف اربعة للأسباب وهى :

أ - بطلان اتفاق التحكيم او عدم اهلية احد الأطراف .

ب - مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات نظر التحكيم لما اتفق عليه الأطراف أو للقانون "مثل الاخلال بحقوق الدفاع".

ج - تجاوز هيئة التحكيم لحدود اختصاصها او مهمتها .

د - مخالفة النظام العام .

ويتضح من ذلك أن النص فى هذه الاتفاقيات الدولية على الاسباب سالفة الذكر يعنى اتجاه ارادة الدول الأطراف فيها للسعى نحو تحقيق التناسق وتوحيد الحلول من خلال وضع ما يمكن اعتباره معاييره معترف بها دوليا Criteres internationalement reconnus [١] لتكون اسبابا للطعن بالبطلان على احكام التحكيم .

---

(١) J.Poulson : L'excution des sentences Arbitrales en dépit d'une "ACL", Bull. De

ومما لاشك فيه أنه عند تزايد عدد الدول الاعضاء فى الاتفاقية فأن ذلـــك يعنى أن القواعد التى تحتويها هذه الاتفاقية تعبر عن، توافق عام داخل الجماعة الدولية بشأن المسألة التى تنظمها هذه القاعدة.

ويعبر عن أنسب الحلول التى يأخذها الأطراف فى الاعتبار او يتوقعونها عند ابرام عقودهم فى مجال التجارة الدولية.

كما أن تواتر النص فى الاتفاقيات الدولية المتعاقبة المعنية بمسائل التحكيم (سواء الاتفاقيات العالمية، كنيويورك ١٩٥٨ وواشنطن ١٩٦٥ ، أو الاقليمية كجنيف ١٩٦١ وبنما ١٩٧٥ وعمان ١٩٨٧) على تنظيم الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم أو تحديد اسباب رفع دعوى بطلان هذه الاحكام على نحو متقارب واحيانا متماثل ، يقوى ويعضد القيمة القاعدية لهذه القواعد ، والتى اذا صادفت - كما يرى بعض الفقه - رواجا متعاظما فى التطبيق ، فأنها تتحول الى قواعد فورية التطبيق[١]. نظرا لكونها تترجم ارتباط الدول اطراف الاتفاقيات بقيم عليا ذات سمة عالمية وتستوجب الاحترام الكامل لها من الكافة .

ومن ثم فان القواعد التى تقرها بعض الاتفاقيات الدولية التى تحوز قبول عاما من قبل الدول فى الانضمام اليها مثل نيويورك ١٩٥٨ (١١٦ دولة)[٢] تشكل معيايرا مقبولة دوليا خاصة تلك المتعلقة بتحديد اسباب بطلان حكم التحكيم على النحو السالف ، والتى يتعين بناء عليه أن تكون أحكام البطلان الصادرة بشأن احكام

---

la C.I.A., de La Cci, Mai 1998, PP. 14-32. Spéc. P 14 et 32.

(١) V. P. Mayer: "La règle morale dans L'arbitrage international" . in études offertes á Pierre Bellet. litec, Paris 1991. P.P. 379-402. spéc P 389

(٢) راجع وثيقة اليونسيترال (A/CN 9/428)

التحكيم نافذة ومرتبة لاثارها على الساحة الدولية ، طالما استندت الى احد هذه الاسباب.

المبحث الثانى

التشريعات الوطنية

تفرض قوانين مختلف الدول نوعا من الرقابة المزدوجة على احكام التحكيم من خلال وضع اجراءات تنظم كيفية الطعن بالبطلان على هذه الاحكام ، هذا من ناحية ، كما نلاحظ أن جميع الدول تضع تنظيمات، تتعلق باجراءات الحصول على أمر لتنفيذ احكام التحكيم .

وتختلف المصطلحات من دولة الى أخرى ما بين (setting a side)[1] Vactur,[2] و (déclaration de nullité)[3] ، والأمر فى جميع الاحوال يتعلق بنفس الغاية والمضمون : وهو الاعتراض على الحكم التحكيمى من جانب احد الأطراف لمنع أى تنفيذ ملزم لحكم التحكيم بعد صدوره بناء على اتفاق الأطراف المسبق للجوء للتحكيم للفصل فى أى منازعة بينهم .

وتميز التشريعات الوطنية - اضافة للاتفاقيات الدولية - أحكام التحكيم وتسبغ عليها نوعا من الحصانة ، وذلك بعدم جواز الطعن عليها بأى طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية المنصوص عليها فى قوانين المرافعات المدنية والتجارية.[4]

وهى بهذه المثابة تسمو على أحكام القضاء التى تخضع للمراجعة شكلا وموضوعا فى مرحلة الاستئناف ، فضلا عن امكانية

---

(١) عدم اعتداد بالحكم .

(٢) ابطال الحكم .

(٣) اعلان بطلان الحكم (annulation)

(٤) ومثال ذلك نص المادة ١/٥٣ من قانون التحكيم المصرى ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

الطعن عليها بالنقض وكذا بالتماس اعادة النظر .

واذا كانت وسائل الطعن على الاحكام القضائية تهدف الى تدارك ما وقع فيه الحكم من خطأ فى القانون او الواقع وهو ما يعبر عنه بالوظيفة الاصلاحية أو التعديلية فإن ذلك لا يعنى عدم وجود أخطاء فى أحكام التحكيم وبالتالى ينتفى خضوعها لوسائل الطعن المقررة للاحكام القضائية، فاحكام التحكيم لا يمكن ان تظل بمعزل عن القضاء[١] ، لذلك كان طبيعيا أن يفتح الباب أمام المحكوم ضده لرفع دعوى لا يطلب فيها أعادة نظر موضوع النزاع ، وانما يطلب فقط الحكم ببطلان حكم التحكيم.

وهذا النوع من الطعن الذى يخضع له الحكم التحكيمى تتراجع فيه الوظيفة الاصلاحية او التعديلية تاركة المجال للافصاح عن وظائف وأهداف أخرى لهذه الوسيلة[٢] ، من أهمها : التثبيت من وظيفة المحكم والمهمة المناط به القيام بها، اضافة الى التيقن من الشروط التى وفقا لها قام المحكم بأداء مهمته وأصدار الحكم التحكيمى .

ومن الملحوظ أن هناك اتفاقا بين القوانين الوضعية فيما يتعلق بالمبدأ الاساسى الذى تقوم عليه فكرة الطعن على أحكام التحكيم عن طريق رفع دعوى البطلان ، وأن كانت هناك بعض الاختلافات التى تتعلق بنطاق البطلان أو بحالاته .

---

(١) R. Perrot : Les voies de recours en matière d'arbitrage, Rev arb., 1980, P. 268 et.s.

أنظر أيضا الدكتورة حفيظة الحداد : الطعن بالبطلان ... المرجع السابق ، ص ٩.

(٢) V. R.Perrot: op.cit, P. 269.

- **ففيما يتعلق بنطاق البطلان :**

مما لاشك فيه أن هناك اختلاف فى الأنظمة القانونية الوطنية بشأن تحديد أحكام التحكيم التى تخضع للطعن عليها بدعوى البطلان ومع ذلك فأنه يمكننا أن نفرق بين اتجاهين :[١]

أولهما : يخضع احكام التحكيم الدولية للطعن عليها بالبطلان بغض النظر عما اذا كان هذا الحكم قد صدر فى اقليم الدولة المرفوع أمام محاكمها دعوى الطعن بالبطلان او كان الحكم قد صدر فى الخارج بالتطبيق لقانونها .

وهذا اتجاه موسع لنطاق البطلان ومن أمثلته القانون المصرى والقانون الفرنسى .

وثانيهما : يميل الى قصر الاختصاص بنظر دعاوى البطلان على تلك المقامة ضد أحكام تحكيم صدرت فى اقليم الدولة المرفوع أمام قضاءها دعاوى البطلان وهذا الاتجاه يضيق من نطاق البطلان ومن أمثلته القانون البلجيكى بشأن التحكيم الدولى الصادر سنة ١٩٨٥ والقانون الدولى الخاص السويسرى الصادر سنة ١٩٨٧.

وفيما يتعلق بحالات الطعن بالبطلان :

كما سبق القول فان هذه الحالات تتشابه وتتفق فيها قوانين العديد من الأنظمة الوطنية للتحكيم وسنعرض لكل من هذه الحالات فى القانونين المصرى والفرنسى بأعتبار أنهما نموذجان يمثلان ويعبران عن العديد من النظم القانونية الوطنية .

---

(١) أنظر لمزيد من التفصيلات : الدكتورة حفيظة الحداد : الطعن بالبطلان .... المرجع السابق، ص ٩٢.

المطلب الأول

حالات الطعن بالبطلان فى قانون التحكيم المصرى

تنص المادة /٥٣ من قانون التحكيم المصرى على أنه "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا فى الاحوال الآتية :

(أ) اذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للابطال أو سقط بانتهاء مدته.

(ب) اذا كان أحد طرفى اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقد الاهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذى يحكم أهليته .

(ج) اذا تعذر على احد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم اعلانه اعلانا صحيحا بتعيين محكم أو باجراءات التحكيم أو لأى سبب آخر خارج عن ارادته .

(د) اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

(هـ) اذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين .

(و) اذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق . ومع ذلك اذا أمكن فصل اجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن اجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان الا على الاجزاء الاخيرة وحدها.

(ز) إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم ، أو كانت اجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر فى الحكم .

(٢) وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسه ببطلان حكم التحكيم اذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية .

وتوضح هذه المادة اتجاه المشرع نحو التوسع فى الفروض التى تعد سببا للطعن على أحكام التحكيم بالبطلان وذلك على الرغم من تعددها على سبيل الحصر . ويمكن القول بصفة عامة - حسبما يظهر لنا من الدراسة المقارنة[1] للعديد من الانظمة القانونية المعاصرة المنظمة للتحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية - أن حالات الطعن بالبطلان على حكم التحكيم يمكن أن تتدرج فى اطار الحالات الآتية:

١ - انعدام الأساس الاتفاقى لاختصاص هيئة التحكيم .

٢ - عدم احترام هيئة التحكيم لارادة اطراف النزاع .

٣ - المخالفات التى تلحق بالتحكيم ذاته واجراءاته والحكم الصادر فيه.

٤ - الطعن بالبطلان لمخالفة الحكم للنظام العام .

وهى الحالات التى سنعرض لها تفصيلا فيمايلى :

أولا - الطعن بالبطلان بسبب انعدام الاساس الاتفاقى لاختصاص هيئة التحكيم:

نصت على هذه الحالات المادة ٥٣ سالفة الذكر على النحو التالى:

---

(١) أنظر الدكتورة حفيظة الحداد ، الطعن بالبطلان .... ، المرجع السابق ص ١١٤ ومابعدها. وأنظر أيضا الدكتور فوزى محمد سامى ، المرجع السابق ٤٠ ومابعدها.

أ - حالة عدم وجود اتفاق على التحكيم :

ولهذه الحالة فى الواقع العملى العديد من الصور، مثل تلك التى يثبت فيها: عدم تحقق التراضى على التحكيم كما لو صدر ايجاب من احد الاطراف باللجوء الى التحكيم وقبول بالرفض من الطرف الآخر أو بقبول تضمن تعديلا لم يحظى بقبول من الطرف الآخر ففى هذه الصورة نكون أمام حالة لم ينشأ فيها اصلا أن اتفاق على التحكيم.(١)

ب - حالة بطلان اتفاق التحكيم :

حيث يشترط لوجود الاتفاق على التحكيم وصحته أن تكون ارادة الأطراف سليمة وخالية من عيوب الرضا كالغلط والتدليس او الاكراه والتى تعيب اى تصرف قانونى .

كما يشترط ايضا قابلية المنازعة للفصل فيها عن طريق التحكيم.(٢)

فاذا لم تكن المنازعة قابلة للفصل فيها عن طريق التحكيم وفقا للقانون الواجب التطبيق على النزاع فانه يتعين على هيئة التحكيم الحكم بعدم قبول نظر المنازعة ، وهذا لا ينفى الاخذ فى الاعتبار قانون دولة مقر التحكيم - والتى من المحتمل أن يتم امام قضاءها رفع دعوى بطلان حكم التحكيم - اضافة الى الأخذ فى الاعتبار ايضا قانون الدولة المحتمل أن يطلب من محاكمها اصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم(٣).

---

(١) الدكتور مختار بريرى ، التحكيم التجارى الدولى ، دار النهضة ١٩٩٥ ، ص ٢٣٤.
(٢) أنظر الدكتور فوزى محمد سامى ، المرجع السابق ص ١٢٨ .
وأنظر ا أيضا :
B. Hantotiou "L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexaman" , in Clunet, 1994, P. 899 et s.
(٣) يلاحظ أن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ تنص مادتها ٢/٥-أ على ضرورة أن يكون

ج - حالة احكام التحكيم الصادرة بناء على اتفاق تحكيمى انقضى :

يتفق قانون التحكيم المصرى مع كثير من قوانين التحكيم فى العديد من الدول بأعطائه الحق للمحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان فى الحكم ببطلان لحكم التحكيم أو رفض ترتيبه لاثاره اذا كان هذا الحكم قد صدر بعد انقضاء اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته. وذلك اعمالا لنص المادة ١،٢/٤٥.[١]

د - الطعن ببطلان حكم التحكيم بسبب فقدان او نقص اهلية احد طرفى التحكيم :

د - اضافة الى الحالات الثلاث سالفة الذكر والتى يجمع بينها فكرة انعدام الاساس الاتفاقى لمحكمة هيئة التحكيم فقد نص قانون التحكيم المصرى فى المادة ١/٥٣-ب على حالة رابعة تنص على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا فى الاحوال الآتية :

"اذا كان احد طرفى اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقد الأهلية ، أو ناقصها وفقا للقانون الذى يحكم اهليته".[٢]

النزاع الذى صدر بشأنه حكم تحكيمى قابلا للفصل فيه عن طريق التحكيم طبقا لقانون الدولة المطلوب من قضاءها اصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم .

(١) تنص المادة (٤٥) من قانون التحكيم المصرى على :-
على هيئة التحكيم اصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى اتفق عليه الطرفان, فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثنى عشر شهرا من تاريخ بدء اجراءات التحكيم وفى جميع الاحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على الا تزيد فترة المد على ستة أشهر مالم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك .
واذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار اليه فى الفقرة السابقة جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار اليها فى المادة ٩ من هذا القانون، أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد اضافى أو بانهاء اجراءات التحكيم ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة اصلا بنظرها.

(٢) ومن المعروف أن المادة ١١/١ من القانون المدنى المصرى تنص على خضوع اهلية الشخص الطبيعى لقانون الدولة التى ينتمى الشخص اليها بجنسيته وقت التصرف . وبالتالى فيعتبر اتفاق التحكيم سليما ومنتجا لاثاره اذا كان الشخص الذى ابرمه يعد وفقا

ثانيا : حالات الطعن بالبطلان على حكم التحكيم بسبب عدم احترام المحكم لارادة الأطراف:

لا خلاف فى أن المحكم يستمد سلطاته من ارادة الأطراف لذا يترتب على عدم احترام هذه الارادة او مخالفتها توافر السبب للطعن على الحكم الذى يصدره بالبطلان .

ويتحقق عدم الاحترام فى حالتين نصت عليهما مواد قانون التحكيم المصرى :

الأولى : هى استبعاد المحكم للقانون الذى اتفق الأطراف على اعماله على موضوع النزاع .

والثانية : هى حالة تجاوز المحكم للمهمة المخولة اليه.

أ - الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الذى استبعد تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على اعماله على موضوع النزاع :

وقد ورد النص على هذه الحالات فى المادة (١/٥٣-د) من قانون التحكيم المصرى .

فبعد أن بينت المادة /٣٩ من ذات القانون أن على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذى يحدده الأطراف فأن لم يوجد اتفاق

لقانون الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته كامل الأهلية.
وفى حالة كون الشخص وفقا لقانون جنسيته فاقد الأهلية أو ناقصها فان حكم التحكيم الصادر بناء على هذا الاتفاق يكون قابلا للطعن فيه بالبطلان .
أما الشخص الاعتبارى فانه يخضع لما ورد فى نص المادة ٢/١١ من القانون المدنى المصرى فيكون اتفاق التحكيم صحيحا منتجا لاثاره ويكون بالتالى الحكم الصادر بناء عليه غير قابل للطعن فيه بالبطلان اذا كان الشخص الاعتبارى الاجنبى الذى ابرم اتفاق التحكيم يملك ابرام مثل هذا التصرف وفقا لقانون الدولة التى يوجد بها مركز ادارته الرئيسى الفعلى اذا لم يكن يباشر نشاطه فى مصر والا فالقانون المصرى هو الذى يفصل فى هذه المسألة اعمالا للاستثناء الوارد فى عجز الفقرة ٢ من المادة /١١ سالفة الذكر

على ذلك طبقت القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى أنه الاكثر اتصالا بالنزاع، اتجه المشرع الى ترتيب البطلان على مخالفة ارادة الأطراف بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق فى حالة ظهور هذه الارادة صراحة أو ضمنا.

وربما يكون المشرع المصرى قد تفرد بوضع هذه الحالة من حالات البطلان ، ذلك أنه على الرغم من أن الكثير من الأنظمة القانونية الأخرى التى تشارك المشرع المصرى احترام ارادة الأطراف الا أنها مع ذلك لم تجعل استبعاد تطبيق القانون الذى اختاره الأطراف للتطبيق من قبل المحكم سببا للطعن بالبطلان على حكم التحكيم.

ب - الطعن بالبطلان على حكم التحكيم لعدم احترام المحكمين للمهمة المخولة لهم من قبل الأطراف :

اورد قانون التحكيم المصرى هذه الحالة فى المادة (١/٥٣-و) التى افادت امكانية الطعن بالبطلان على حكم التحكيم :

"اذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم او جاوز حدود هذا الاتفاق ...".

فكما سبق واسلفنا ان ارادة الأطراف تعد المصدر الاصلى الذى يشتق منه المحكم كل سلطاته ، لذا كان منطقيا أن يتقيد المحكم عند فصله فى المنازعة واصدار الحكم فيها بحدود المهمة الموكولة اليه، فاذا ما تجاوزها واصدر حكمه خارج نطاق المسألة المتفق على التحكيم فيها والمعهود اليه الفصل فيها يكون حكمه محلا للطعن فيه بالبطلان.

ولضمان تحديد نطاق مهمة هيئة التحكيم قرر المشرع بموجب

نص المادة /٣٠-١ من قانون التحكيم وجوب تحديد موضوع النزاع فى بيان الدعوى الذى يرسله المدعى الى المدعى عليه وإلى المحكمين خلال الميعاد المتفق عليه - أو الذى تحدده هيئة التحكيم - وعلى أن يتضمن هذا البيان تحديدا للمسائل محل النزاع وطلبات المدعى .

اما اذا تعلق الأمر بمشارطة تحكيم فانها تكون باطلة اذا لم تتضمن تحديداً للمسائل التى يشملها التحكيم.(١)

ثالثا : حالات الطعن بالبطلان المستندة الى المخالفات التى تلحق بالتحكيم ذاته وباجراءاته وبالحكم الصادر فيه :

وقد نصت على هذه الحالات (الفقرات جـ ، هـ ، ز) من المادة ١/٥٣ من قانون التحكيم المصرى، وهى تقوم على مخالفات لحقت بالتحكيم ذاته أو باجراءاته او بالحكم الصادر فيه والتى يترتب عليها الطعن بالبطلان على حكم التحكيم .

أ - الطعن بالبطلان على حكم التحكيم احتراما لحقوق الدفاع :

ونظمت هذه الحالة المادة /٥٣-١جـ التى تنص على أنه "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا اذا تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم اعلانه اعلانا صحيحا بتعيين محكم أو باجراءات التحكيم أو لأى سبب آخر خارج عن ارادته".

والحقيقة أن هذا النص مستمد من مبدأ أساسى يحكم الدعوى القضائية وهو مبدأ احترام حقوق الدفاع والذى يوجب على المحكم - وهو شخص خاص يستمد سلطاته من ارادة الأطراف - عند ممارسته لمهمته للفصل فى المنازعة أن يأخذ فى اعتباره انه يقوم

---

(١) انظر الدكتور مختار بريرى ، المرجع السابق ، ص ٢٤٦

بنفس مهام القاضى ويؤدى ذات الوظيفة عند الفصل فى المنازعات المعروضة عليه ويتقيد ببعض القواعد والمبادىء الاساسية التى تنظم الخصومة بين الأطراف والتى من أولاها احترام حقوق الدفاع .

وفى حالة تعذر تقديم أحد طرفى التحكيم دفاعه بسبب عدم اعلانه اعلانا صحيحا بتعيين محكم أو باجراء التحكيم او لأى سبب آخر خارج عن ارادته ، ومع ذلك قامت هيئة التحكيم باصدار حكمها على الرغم من عدم تقديم هذا الطرف دفاعه فان الحكم الصادر يمكن الطعن عليه بالبطلان لعدم احترام حقوق الدفاع وللمساس بمبدأ المساواة المطلقة بين الأطراف أمام المحكم(١) .

ب - اذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين :

تنص المادة ١/٥٣-هـ على أنه لا تقبل دعوى البطلان ضد حكم التحكيم الا اذا "تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون او لاتفاق الطرفين .

ويتضح ان هذه المادة تقرر بطلان حكم التحكيم فى فرضين :

أولهما : الخاص بتشكيل هيئة التحكيم او تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون.(٢)

وثانيهما : يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لاتفاق الأطراف .

---

(١) وقد نصت على هذا المبدأ المادة /٢٦ من قانون التحكيم المصرى .انظر الدكتورة حفيظة الحداد : الطعن بالبطلان ، المرجع الساق ص ١٩٣.

(٢) نظمت المادة /١٧ من قانون التحكيم المصرى كيفية تعيين المحكمين فى حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيارهم ويمكن للأطراف استبعاد حكم هذه المادة واختيار المحكمين بمعرفتهم .

وهى الحالة التى يؤكد فيها المشرع المصرى على احترام إرادة الأطراف وأمكانية استبعاد احكام المادة /١٧ من قانون التحكيم ، فتشكيل محكمة التحكيم او تعيين المحكمين بالمخالفة لارادة الأطراف يؤدى إلى بطلان حكم التحكيم وذلك اذا تم التمسك به من احد الأطراف.

ج - بطلان حكم التحكيم اذا وقع بطلان فى الحكم او كانت اجراءات التحكيم باطلة بطلانا اثر فى الحكم :

تنص المادة ١/٥٣ـز على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا اذا وقع بطلان فى حكم التحكيم او كانت اجراءات التحكيم باطلة بطلانا اثر فى الحكم.

ويتحقق بطلان الحكم اذا لم تتوافر الشروط الموضوعية أو الشكلية التى نص عليها قانون التحكيم واللازم توافرها لصحة الحكم.

ومثال ذلك صدور الحكم شفاهة أو دون توافر الاغلبية او دون مدوالة او دون توقيعه من الاغلبية او خلوه من بيان اسباب عدم توقيع الاقلية او عدم تسبيب الحكم ، رغم عدم وجود اتفاق على اعفاء المحكمين من التسبيب .

كما يتعرض حكم التحكيم لدعوى البطلان اذا لحق الاجراءات بطلان أثر فى الحكم فيلزم ان يكون ما شاب الاجراء من بطلان قد انعكس على الحكم . مثال ذلك اعلان احد الأطراف او ارسال تقارير قدمت لهيئة التحكيم الى غير العنوان المحدد فى اتفاق التحكيم فاذا ترتب على ذلك عدم علم الطرف المعلن فان هذا البطلان يعد مؤثرا فى الحكم لانه حرم هذا الطرف من امكانية الحضور أو الرد على ما تضمنته هذه التقارير ، اما اذا ثبت علم الطرف رغم عدم صحة

الاعلان فان بطلان الاجراء لا يعد مؤثرا فى الحكم .[١]

فالعبرة بالنسبة لبطلان الاجراء وتأثيره فى الحكم هى بالنظر الى تحقق او عدم تحقق الغاية منه وذلك اعمالا للقواعد العامة فى قانون وفقه المرافعات بخصوص بطلان الاحكام .[٢]

رابعا : **حالة مخالفة حكم التحكيم للنظام العام المصرى** :

نصت على هذه الحالة المادة ٢/٥٣ من قانون التحكيم المصرى حيث تضمنت : "وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم اذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية".

فتمنح هذه الفقرة الاختصاص للمحكمة التى تنظر دعوى البطلان بأن تقضى من تلقاء نفسها بالبطلان اذا تضمن الحكم ما يخالف النظام العام فى مصر، وذلك حتى اذا كانت دعوى البطلان المرفوعة امامها تستند على سبب آخر من الاسباب الواردة فى المادة ١/٥٣ بفقراتها سالفة الذكر وحتى لو كان هذا السبب المدعى به غير متحقق فى واقعة الحال حيث يحق للمحكمة أن تقضى ببطلان حكم التحكيم لمخالفته للنظام العام فى مصر استناد الى هذا السبب وحده .

ويرى بعض الفقه المصرى ان المقصود بمفهوم النظام العام فى قانون التحكيم المصرى (المادة /٥٣-٢ و المادة /٥٨-ب) هو النظام العام الدولى المتعارف عليه فى اطار النظرية العامة للقانون الدولى الخاص نظرا لطبيعة المعاملات الدولية الخاصة ولما لفكرة

---

(١) الدكتور مختار بريرى ، المرجع الساق ص ٢٤٩.

(٢) انظر الدكتور اكثم الخولى، الاتجاهات العامة فى قانون التحكيم الجديد ، محاضرة القيت فى مؤتمر القانون المصرى الجديد للتحكيم الذى نظمه مركز القاهرة الأقليمى للتحكيم فى الفترة من ١٢-١٣ سبتمبر ١٩٩٤ ص ٢٤.

النظام العام من مفهوم ووظيفة خاصة فى اطار هذا القانون.[١]

والحقيقة أن هذا المفهوم يبدو متعارضا مع صريح نصى المادتين ٥٣، ٥٨ السابق الاشارة اليهما واللتين تؤكدان على أن المقصود هو النظام العام المصرى الذى يعبر عن الاسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التى يرتكز عليها كيان الدولة ، وهى أسس لا تتطابق ولا تتقارب الى الحد الذى يمكن معه القول بوجود مفهوم موحد للنظام العام الدولى.[٢]

وليست العبرة فى هذا المقام بتعلق الحكم بمسألة تمس النظام العام وانما العبرة بأشتمال الحكم فعلا على ما يخالف النظام العام المصرى وهى صياغة موفقة للنص وتزيل التداخل واللبس ما بين اتفاق التحكيم وصحته وبطلانه وبين حكم التحكيم وصحته وبطلانه.[٣]

ومما يتعين الاشارة اليه ان مفهوم النظام العام الذى يتعين اخضاع حكم التحكيم لرقابته هو ذلك القائم وقت ممارسة الرقابة على الحكم.

ويأخذ التعارض بين حكم التحكيم والنظام العام فى مصر صوراً عديدة تتمثل فى اصطدام الحكم فى النتيجة المادية الملموسة التى يرتبها - وذلك لحظة قيام القاضى بفحصه - مع المبادىء الاساسية السائدة فى مصر.

---

(١)انظر الاستاذ الدكتور ابراهيم احمد ابراهيم ، التحكيم الدولى الخاص ، القاهرة ١٩٨٦ ، ص ٢٣٢ ، وانظر ايضا فى نفس الاتجاه الاستاذة الدكتورة حفيظة الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، ١٩٩٧ ، ص ٢٠٧.

(٢) أنظر الدكتور اكثم الخولى، المرجع السابق ص ٢٤.

(٣) الدكتور مختار بريرى ، المرجع الساق ، ص ٢٥٠

فاذا تضمن حكم التحكيم القضاء بفوائد تأخيرية - لصالح احد الأطراف - بسعر يزيد عن الحد الاقصى المحدد قانونا، فان قضاء النقض المصرى قرر مخالفة الحكم للنظام العام ونزل بسعر الفائدة الى الحد القانونى رغم تعلق الأمر بعلاقات تجارية دولية.(١)

وتجدر الاشارة انه لا يمكن منع القاضى المصرى من الحكم ببطلان احكام التحكيم الخاضعة للقانون المصرى حتى ولو كانت صادرة فى تحكيم دولى فى مصر أو فى الخارج ، إستنادا الى اتساق الحكم مع النظام العام الدولى الذى يجب ان تكون له الغلبة على النظام العام المصرى وهو ما كان ممكنا لو تمت صياغة النص دون تقييد النظام العام وتحديده وفقا للمفهوم المصرى .

ولا يعد هذا المسلك متعارضا مع انضمام مصر لاتفاقية نيويورك ١٩٥٨ خاصة وأن المادة الخامسة م٢ ب تجيز رفض الاعتراف وتفنيذ الحكم التحكيمى اذا كان مخالفا للنظام العام فى البلد المطلوب تنفيذ الحكم فيها.(٢)

---

(١) نقض جلسة ١٩٩٠/٥/٢١ حيث قضى بأن حكم التحكيم قد تضمن الزام المطعون ضدها بفوائد بسعر ٨% اى ما يجاوز الـ ٥% الحد الأقصى للسعر القانونى ، وهو وفقا للمقرر فى قضاء هذه المحكمة مما يتصل بالنظام العام فى مصر لذا كان ممتنعا تنفيذ هذا الحكم فيما يجاوز ذلك الحد. طعن رقم ٨١٥ لسنة ٥٢ق ، مج الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية . لمزيد من التفصيل أنظر الدكتور مختار بريرى ، المرجع السابق ، والدكتورة حفيظة الحداد ، المرجع السابق ، ص ٢١٠.

(٢)ويلاحظ أن بطلان الحكم يقف عند حدود مخالفته للنظام العام المصرى اذا كان ممكنا تجزئة ما قضى به (بمعنى الابطال الجزئى للحكم) . أنظر الدكتور مختار بريرى ، المرجع السابق ص ٢٥٢.

المطلب الثانى

حالات الطعن بالبطلان فى التشريع الفرنسى

نظم المشرع الفرنسى حالات الطعن على احكام التحكيم الدولى (أو الاجنبى) بالمادة ١٥٠٢ من قانون الاجراءات المدنية الجديد. وقد نصت هذه المادة على خمس حالات[١] تتشابه الى درجة كبيرة مع الحالات التى تسود فى تشريعات التحكيم الوطنية فى الكثير من الدول ومنها قانون التحكيم المصرى الجديد .

وهذه الحالات هى :

١ - عدم وجود اتفاق تحكيم او بطلانه او انقضاؤه :

ولا يختلف مضمون هذه الحالة عما سبق ذكره بشأن المادة ١/٥٣-أ من قانون التحكيم المصرى التى سبق العرض لها بالتفصيل ونحيل اليها منعا للتكرار.

٢ - وجود مخالفة للقواعد الخاصة بتعيين المحكم او بتشكيل هيئة التحكيم:

وتتطابق هذه الحالة مع ما ورد النص عليه فى المادة ١/٥٣-هـ من قانون التحكيم المصرى .

٣ - اصدار المحكم للحكم دون التزام بحدود مهمته :

وتتقابل هذه الحالة مع تلك التى نص عليها المشرع المصرى فى المـــادة ١/٥٣ من قانون التحكيم وهى حالة فصل المحكم فى مسائل لم يتضمنها اتفاق التحكيم أو تلك التى جاوز فيها المحكم

---

(١) أنظر لمزيد من التفصيل :

Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman :
Traité de l'arbitrage commercial international Litec., paris, 1996, P. 935 et suiv.

حدود هذا الاتفاق.

الا أنـه مـن الملاحـظ أن المشـرع الفرنسـى جـنح الى جعـل الصياغة اكثر مرونة واتساعاً جعلت الفقه يضع تحت هذه الحالـة المسائل المتعلقة بمخالفـة احترام حقوق مبدأ الدفاع أو قيام المحكمين بالفصـل وفقـا لقواعـد العدالـة والانصـاف دون وجـود تفويـض مـن الأطراف .

كمـا تشـمل هـذه الحالـة أيضـا صـورة الـتجاوز فى الحكـم، أى الحكم فيما لا يتصل بموضوع النزاع.(١)

٤ - عدم احترام مبدأ المواجهة: **Le principe de la contradiction**

- والغايـة من هذا المبدأ تـأكيد احترام حقوق الدفـاع(٢) والذى يلـتزم القاضـى بمقتضـاه بعـدم الاعـتداد بـأى دفـاع او ايضـاحات أو مسـتندات قدمـت فى الدعـوى مـن الأطـراف الا اذا اتيحـت الفرصـة لهؤلاء الأطراف للتناضل بشأنها وجها لوجها(٣). حتى تتحقق العلانية التى تسمح للأطراف بالمناقشة الفعالة.

وقد وصفت محكمـة النقض الفرنسية مبدأ المواجهة بأنه مبدأ سـامى "Principe superieur" وضـرورى ليؤمـن السـير العـادل فى المنازعة ويستحق أن يكون سببا مستقلا لذاتـه مـن اسباب رفـع دعوى البطلان.(٤)

كمـا يرتـبط هـذا المـبدأ أرتـباطا وثيقـا بمـبدأ المسـاواة بيـن

---

(١) انظر فوشارد وآخرين ، المرجع السابق ، ص ٩٥٣ ومابعدها.

(٢) أنظر حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى ١٣ مايو ١٩٨٨ - مجلة التحكيم ١٩٨٩ ص ٢٥١ تعليق الاستاذ "Derins" .

(٣) أنظر الدكتور مختار بريرى ، المرجع السابق ص ٢٦٢.

(٤) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الدائرة الاولى مدنى فى ١٩٩١/٢/٥ - مجلة التحكيم ١٩٩١ ص ٦٢٥ تعليق الاستاذ "Idot" .

الأطراف فى كافة مراحل نظر النزاع وحتى صدور الحكم .

وقد طبق القضاء الفرنسى هذا المبدأ بمناسبة نظره لطلبات الطعن بالبطلان فى احكام تحكيم دولى وقضى ببطلانها لعدم احترام مبدأ المواجهة ومنها عدم اعلان اطراف النزاع بتقرير الخبير الذى انتدبته هيئة التحكيم .(١)

٥ - تعارض الاعتراف أو تنفيذ الحكم مع النظام العام الدولى:

وتقترب هذه الحالة من نص المادة ٢/٥٣ من قانون التحكيم المصرى.

ومقتضى هذه الحالة أن أحكام التحكيم الدولية الصادرة فى فرنسا يمكن القضاء ببطلانها اذا كانت تخالف النظام العام الدولى .

واعمالا للمفهوم الفرنسى للنظام العام الدولى يمكن ابطال التحكيم أو رفض تنفيذه اذا كان الحكم يصطدم فى نتيجته المادية الملموسة لحظة قيام القاضى بفحصه مع المبادىء الاساسية للقانون الفرنسى المطبق فى اطار العلاقات الدولية . وبناء على ذلك فأن حكم التحكيم القائم على أساس التفرقة الدينية او العنصرية ، وكذا الاحكام التحكيمية التى ترفض ابطال الاتفاق الناتج عن تقديم رشوة أو الحكم التحكيمى الذى يتعارض مع السياسة الاقتصادية العليا للدولة ، مثل هذه الاحكام لا يمكن ان تتمتع بأية فعالية فى النظام القانونى الفرنسى.(٢)

ويتضح من عرض هذه الحالات أن المشرع الفرنسى نهج

---

(١) انظر حكم محكمة باريس الصادر فى ١٩٨٣/١/١٨ ، مجلة التحكيم ١٩٨٤ ، ص ٨٧ تعليق الاستاذ "Mayer" . وانظر حكم محكمة النقض الفرنسية - الدائرة الثانية مدنى الصادر فى ٢١ يونيو ١٩٩٥، مجلة التحكيم ١٩٩٥ ص ٤٤٨.

(٢) أنظر وآخرين Ph. Fouchard ، المرجع السابق ، ص ٩٧٥.

نفس مسلك الذى اتبعه المشرع المصرى وهو الطابع الحصرى لحالات الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الدولية حيث لا يمكن الطعن بالبطلان لأى سبب آخر غير هذه الاسباب المذكورة على سبيل الحصر.

ويتبين من العرض الذى قدمناه لاسباب الطعن فى أحكام التحكيم فى القوانين الوطنية انه على الرغم من تعدد هذه الاسباب والاختلافات البسيطة فى مضمونها أو تفصيلاتها الا انه مع ذلك يمكن القول بوجود اسباب تشترك فى النص عليها معظم القوانين الوطنية وتكون أساسا للطعن على احكام التحكيم ويمكن ردها إلى اربعة مجموعات هى :-

١ - اسباب للطعن بالبطلان تستند الى انعدام الاساس الاتفاقى لاختصاص هيئة التحكيم (كعدم وجود اتفاق على التحكيم أو بطلان هذا الاتفاق أو انقضاؤه اضافة الى فقدان او نقص أهلية أحد طرفى التحكيم).

٢ - اسباب البطلان ترجع الى تجاوز هيئة التحكيم لاختصاصها أو استبعادها للقانون الواجب التطبيق طبقا لارادة الأطراف.

٣ - أسباب للبطلان تتعلق بالمخالفات التى تلحق بالتحكيم ذاته او باجراءاته او بالحكم الصادر فيه (مثل عدم احترام حقوق الدفاع ، التشكيل المعيب لهيئة التحكيم ، وقوع بطلان فى الحكم ، كأغفال التسبيب بالمخالفة لاتفاق التحكيم أو بطلان الاجراءات على نحو يؤثر فى الحكم).

٤ - اسباب للبطلان تستند لاشتمال الحكم على ما يخالف النظام العام أو أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم .

ولما كانت هذه الاسباب قد تواتر النص عليها فى مختلف التشريعات الوطنية فانه يمكن القول بأنها تشكل مبادىء عامة للقانون الدولى الخاص للتحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية[١]. بأعتبار أن تقنينها تشريعيا اضافة الى اتباعها قضائيا على درجة من العمومية والشمــول تبرر ادماجها فى عداد المبادىء العامة للقانون الدولى الخاص[٢].

---

(١) أنظر فيما يتعلق بمفهوم النظام العام عرضنا لهذه المسألة فى المبحث الثانى من هذا الفصل .

(٢) أنظر الدكتورة سامية راشد : دور التحكيم فى تدويل العقود ، دار النهضة العربية ١٩٩٠- ص٩.

الفصل الثانى

الفعالية الدولية للقضاء ببطلان أحكام التحكيم

ان نجاح اسلوب التحكيم وذيوع استخدامه فى حل المنازعات الناشئة فى مجال التجارة الدولية ، واكبه نهضة تشريعية فى العديد من دول العالم أدت الى ظهور تشريعات وطنية تعنى خصيصا بتنظيم التحكيم التجارى الدولى اضافة الى انشاء العديد من مراكز التحكيم المؤسسى الكائنة حاليا فى كثير من الدول .

ولا قيمة لنظام التحكيم الا بأعطاء الفعالية للاحكام التى تصدر عن هيئات التحكيم ، الا أن وجود نظام للرقابة القضائية الوطنية فى كل دولة يمكن أن يقلل من الفعالية لحكم التحكيم بحيث يمكن أن يصبح الحكم قابلاً للتنفيذ فى دولة بينما لا يمكن تنفيذه فى دولة أخرى ، وهناك فارق جوهرى بين رفض التنفيذ والقضاء ببطلان الحكم التحكيمى فاذا كان رفض التنفيذ لا يعوق فعالية حكم التحكيم الا فى الدولة التى صدر فيها قرار القاضى برفض التنفيذ فان الأمر على عكس ذلك بالنسبة للقضاء ببطلان حكم التحكيم من القضاء المختص وفق المعايير الدولية لابطال احكام التحكيم ذلك أن الأصل ، أن الحكم بالبطلان يفترض فيه أن يعدم اى أثر للحكم التحكيمى بحيث لا يكون هناك حكم تحكيمى ومن ثم يتعين على أطراف النزاع الرجوع مجددا لهيئة التحكيم لتفصل فى النزاع بحكم تحكيمى جديد يتجنب الاخطاء التى شابت الحكم الأول أن كان ذلك ممكنا.[١]

ورغم هذا الأصل المستقر ، الا أن محكمة النقض الفرنسية يشايعها جانب من الفقه الفرنسى قد اتجه إلى وجهة اخرى متفردة

---

(١) قد لا يمكن الرجوع لهيئة التحكيم فى بعض الحالات مثل القضاء بالبطلان نظرا لعدم اهلية أطراف النزاع او لكون اتفاق التحكيم باطلا أو قد انقضى .

تقلل من شأن الأثر الدولى لحجية الحكم بالبطلان ، وإن كان صادرا من محكمة مختصة لصالح اعطاء فعالية مطلقة لحكم التحكيم . وهو الأمر الذى اثار جدلا فى الفقه يستوجب أن نعرض له بالعرض والتقييم فى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول : الاتجاه المناهض للفعالية الدولية لاحكام البطلان.

المبحث الثانى : الاتجاه المؤيد للفعالية الدولية لاحكام البطلان.

المبحث الأول

الاتجاه المناهض للفعالية الدولية لاحكام البطلان

الأصل أنه لا يثور الخلاف حول فعالية حكم التحكيم الدولى حال عدم وجود الحكم التحكيمى فى حالة من الحالات التى تؤدى رلى رفع دعوى لابطاله أمام القضاء المختص، ومع ذلك وسعيا وراء تحقيق القدر الاعظم من الفعالية لاحكام التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية يميل جانب من الفقه الأوربى والامريكى يسانده فى ذلك بعض أحكام القضاء الداخلى نحو امكانية تنفيذ أحكام التحكيم فى الدول المطلوب من قضاءها أصدار أمر بالتنفيذ لصالح احد أطراف النزاع، وذلك على الرغم من سبق القضاء ببطلانه فى الخارج بناء على طلب الطرف الآخر الخاسر.

وقد بدأ هذا الاتجاه فى القضاء الفرنسى اعمالا لمبدأ وحدة الرقابة على أحكام التحكيم والجنوح نحو أخضاعها لقضاء الدولة المطلوب فيها التنفيذ ، مع اطراح اى نوع من الرقابة خارج هذا الاطار سواء من قضاء دولة مقر التحكيم او قضاء الدولة التى تم تطبيق قانونها على النزاع حتى ولو صدر حكم بابطال الحكم التحكيمى من قضاء احدى هاتين الدولتين .

ونتج عن هذا الاتجاه وجود حالة من عدم الانسجام على الساحة الدولية مبعثه وجود حكم تحكيمى واحد صدر امر بتنفيذه على اقليم دولة معينة متزامنا مع صدور حكم قضائى ببطلان حكم التحكيم من قضاء دولة أخرى وذلك اعمالا لمبدأ ازدواجية الرقابة الذى تقره الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المتعلقة بمسائل التحكيم على الذى عرضنا له فى الفصل السابق .

وسنعرض لهذه المسألة فى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

تجسيد القضاء الفرنسى لرفض الاعتداد بأحكام البطلان

من الملاحظ أن القضاء الفرنسى ، خاصة بعد صدور قانون التحكيم الفرنسى سنة ١٩٨١قد اخذ اتجاها يعد من أكثر الاتجاهات تحررية ليس فقط فى أوربا ولكن مقارنة بالعديد من الأنظمة الاخرى فى هذا المجال حيث تميل المحاكم الفرنسية إلى اصدار امر بالتنفيذ فى فرنسا لاحكام التحكيم الصادرة فى الخارج والتى سبق صدور احكام ببطلانها من القضاء المختص .

ويظهر ذلك فى العديد من الاحكام الحديثة التى سنعرض لها على الترتيب الآتى :

أولا : قضية Norsolor :[(١)]

بدأت وقائع هذا النزاع حينما رفضت شركة (Ugilor) الفرنسية (والتى تحول اسمها فيما بعد الى شركة (Norsolor)

---

(١) انظر حكم محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية الصادر فى ٢٦ أكتوبر ١٩٧٩ والمنشور فى مجلة التحكيم رقم ٤ لسنة ١٩٨٣ ص ٥٢٥ وما بعدها.

"الموكلة" دفع بعض المستحقات إلى شركة (Pablak) التركية "الوكيلة" [١] نتيجة لفسخ عقد الوكالة المبرم بينهما وعلى اثر ذلك تم اللجوء إلى التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس - حسبما ورد فى العقد المبرم بينهما - وقد أنعقدت المحكمة فى النمسا واصدرت حكمها فى ٢٦ أكتوبر ١٩٧٩ والذى الزمت فيه الشركة الفرنسية بدفع التعويضات والفوائد المستحقة عليها للشركة التركية نتيجة للفسخ التعسفى لعقد الوكالة.

ونظرا لعدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد فقد طبق المحكمون مبدأ (حسن النية) الذى يعد احد المبادىء الأساسية التى تحكم التجارة الدولية (اضافة الى مبدأ التعامل العادل). حيث قررت هيئة التحكيم أن سلوك الشركة الفرنسية يتنافى مع هذين المبدأين وانتهت الى الحكم لصالح الشركة التركية.[٢]

وعندما رفضت الشركة الفرنسية التنفيذ الاختيارى للحكم استطاعت الشركة التركية استصدار أمرا بتنفيذه فى كل من النمسا[٣] وفرنسا[٤]. إلا أنه تم بعد ذلك ابطال حكم التحكيم جزئيا فى النمسا بمقتضى حكم صادر من محكمة استئناف فيينا فى ٢٩ يونيو سنة ١٩٨٢[٥] وذلك تأسيسا على أن المحكمين قد طبقوا المبدأين السابقين.[٦]

---

(١) وتجدر الاشارة ان محل هذا العقد هو قيام الشركة التركية بأعمال قانونية لصالح الشركة الفرنسية تتمثل فى تسلم منتج معين الى شركة أخرى تركية تدعى (AKSA) وذلك فى مقابل عمولة .

(٢) قررت هيئة التحكيم الحكم بتعويض جزافى مقداره ٨٠٠٠٠٠ فرنك فرنسى.

(٣)وهو الحكم الصادر من المحكمة التجارية بفيينا فى ٢٩ يونية ١٩٨١ أنظر مجلة التحكيم ١٩٨٣ ص ٥١٤.

(٤) T.G.I., Paris, 4 mar. 1981

(٥) وهو الحكم الصادر فى ٢٩ يناير ١٩٨٢ ، أنظر مجلة التحكيم ١٩٨٣ ص ٥١٦.

(٦) وهو ما اعتبرته المحكمة تطبيقا لقواعد عبر دولية "Regel Transnational" ، وهو مالم يتفق عليه الأطراف .

كذلك قامت محكمة استئناف باريس فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٨٢ بتعديل هذا الحكم[١] - بالرغم من سبق اعتراف القضاء الفرنسى به .

وقد استندت من أجل رفض الأمر بتنفيذ هذا الحكم - والذى تم ابطاله فى النمسا جزئيا - على نص المادة (١/١/٥/هـ) من معاهدة نيويورك .

وقد تم الطعن امام محكمة النقض الفرنسية[٢] فى حكم استئناف باريس الرافض لتنفيذ حكم التحكيم الذى تم ابطاله بموجب حكم صادر من القضاء النمساوى حيث حكمت محكمة النقض الفرنسية بنقض الحكم المذكور مستندة على سببين :

أولهما : نص المادة ١/٧ من معاهدة نيويورك[٣] التى تبيح تنفيذ الحكم اعمالا لاحكام القانون الفرنسى، وامكانية استفادة الطرف الصادر لصالحه الحكم من تنفيذ حكم التحكيم وذلك كله فى اطار القانون الفرنسى والمعاهدات الدولية التى ابرمتها فرنسا فى هذا الشأن .

وثانيهما: نص المادة ١٢ من قانون المرافعات المدنية الفرنسى الجديد الذى كان يتعين وفقا له على محكمة استئناف باريس ان تبحث عند نظرها طلب تنفيذ حكم المحكمين - الذى سبق ابطاله -

---

(١) صدر هذا الحكم فى ١٩ نوفمبر ١٩٨٢ انظر مجلة التحكيم ١٩٨٣ ص ٤٧٢.

(٢) صدر هذا الحكم فى ١٩ أكتوبر ١٩٨٤ . وأنظر فى شأن هذا الحكم والتعليق عليه. مجلة التحكيم ، ١٩٨٥ ، ص ٤٣١ ، تعليق الاستاذ "Goldman" وأنظر أيضا المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص، ١٩٨٥ ، ص ٩٥١ تعليق الاستاذ "B. Dutoit".

(٣)تنص المادة ١/٧ من هذه الاتفاقية على أن "لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التى ابرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أى طرف من حقه فى الاستفادة بحكم من احكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر فى تشريع او معاهدات البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ".

فى الضوابط التى يتضمنها القانون الفرنسى وحده لتبين ما اذا كانت تجيز او لا تجيز تنفيذ الحكم المذكور .

وقد علق بعض الفقهاء الفرنسيين على هذا الحكم بتعليقات شتى:

فيقول البعض "ان هذا الحكم لم تتح له الفرصة للتعرض لمشكلة الشروط العامة التى يتطلبها القانون الفرنسى من اجل الاعتراف باحكام التحكيم الذى صدر بشأنها احكام بالبطلان خارج فرنسا[١].

ويؤكد آخرون [٢] على أن حكم محكمة النقض الفرنسية فى هذه القضية بتغليبه نص المادة السابعة على نص المادة الخامسة من معاهدة نيويورك ، فتح الطريق أمام أمكانية الاعتراف باحكام التحكيم على الرغم من صدور احكام بأبطالها وفقا لقانون دولة مقر التحكيم[٣] ، وذلك أعمالا لتطبيق مبدأ "القاعدة الأكثر فائدة".[٤]

وبالفعل فقد تبع حكم محكمة النقض الفرنسية فى هذه القضية مجموعة أخرى من الاحكام التى أقرت تنفيذ حكم التحكيم على الرغم

---

(١) سواء كانت احكام البطلان صادرة من دولة مقر التحكيم أو من قضاء الدولة التى تم تطبيق قانونها على النزاع ، فالعبرة هنا بكون حكم التحكيم قد صدر خارج الاقليم الفرنسى تمييزا لها عن احكام التحكيم التى تصدر فى فرنسا والتى تخضع لتنظيم مختلف

أنظر تعليق الاستاذ جولدمان على الحكم المشار اليه والمنشور فى مجلة التحكيم ١٩٨٥ ص ٤٣١ ومابعدها.

(٢) انظر E. Gaillard مقاله المنشور بمجلة Clunet ١٩٩٨ ص ٦٤٥ ومابعدها.

(٣) عند الاعتراف فى فرنسا باحكام تحكيمية سبق ابطالها خارج فرنسا .

(٤) "Principe de la régle la plus Favorable"

وأنظر ايضا فى نفس الاتجاه

J. Van den Berg: The New York arbtration convention of 1958, kuwer, 1981, P. 89.

من القضاء ببطلانه فى دولة المقر وهى :

ثانيا : قضية L'affaire polish ocean Line :

وتتعلق هذه القضية بعقد وكالة تجارية(١) بين شركة بولندية (Polish Ocean Line) وشركة فرنيسة (Jolarsy) وأثناء تنفيذ العقد ثار نزاع بينهما شكلت للفصل فيه هيئة تحكيم اعمالا لشرط التحكيم المدرج فى العقد(٢) . حيث انعقدت جلساتها فى مدينة جدانسك (GDANSK) واصدرت حكمها بتاريخ ١٧ مارس ١٩٩٠ بالزام الشركة البولندية بدفع تعويضات للشركة الفرنسية نتيجة اخلال الاولى بتنفيذ العقد.

وقد تقدمت الشركة البولندية فى ١٢ ابريل ١٩٩٠ بطلب للمحكمة الاقتصادية فى "جدانسك" لابطال الحكم التحكيمى الصادر ضدها/ وبالفعل قضت المحكمة الاخيرة بحكمها الصادر فى ٢٢ مايو ١٩٩٠ بوقف تنفيذ الحكم لحين الفصل فى طلب البطلان .

الا أنه وفى الفترة بين تقديم الطلب وصدور الحكم المذكور استصدرت الشركة الفرنسية امرا بتنفيذ حكم التحكيم من القضاء الفرنسى فى ٣٠ أبريل ١٩٩٠ .

- وهو الأمر الذى دعى الشركة البولندية للطعن على الحكم الصادر بالتنفيذ امام محكمة الاستئناف الفرنسية المختصة استنادا على وجود قرار لوقف تنفيذ حكم التحكيم صادر من قضاء دولة مقر التحكيم.

الا أن محكمة الاستئناف الفرنسية قضت برفض الطعن

---

(١) تم ابرام هذا العقد فى ١٣ أغسطس ١٩٨٨.
(٢) انظر مجلة التحكيم ، العدد الثانى سنة ١٩٩٣ ، ص ٢٥٥ ومابعدها.

بحكمها الصادر فى ١٨ ابريل ١٩٩١ واسست حكمها على نص المادة/ ١٥٠٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسى الجديد الذى يحدد على سبيل الحصر حالات قبول الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم الدولية والتى سبق صدور اوامر بتنفيذها .

حيث تبين للمحكمة الاستئنافية ان حالة صدور حكم بوقف تنفيذ الحكم التحكيمى من قضاء دولة مقر التحكيم ليست من الحالات التى تضمنتها المادة /١٥٠٢ سالفة الذكر .

وعلى أثر ذلك قامت الشركة البولندية بالطعن على الحكم الاستئنافى أمام محكمة النقض الفرنسية والتى أصدرت حكمها برفض هذا الطعن فى ١٠ مارس ١٩٩٣[1] على أساس من أن المادة السابعة من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ - التى تعد كل من فرنسا وبولندا اطرافا فيها - تبيح لمن صدر له حكم التحكيم الاستفادة من امكانية تنفيذه بالطريقة التى يقررها قانون الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها .

ورتبت محكمة النقض على ذلك ان القاضى الفرنسى ليس بمقدوره رفض تنفيذ حكم التحكيم فى مثل هذه الحالات ، أى فى حالة صدور حكم ببطلان حكم التحكيم او بوقف تنفيذه الصادر من قضاء دولة التحكيم أو التى طبق قانونها، وذلك اعمالا لحكم المادة (١٥٠٢) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسية اضافة الى اعمال المادة ١/٥-هـ من اتفاقية نيويورك .

ويتضح من النظر فى هذا الحكم أن قضاء النقض الفرنسى رفض الاخذ فى الاعتبار احكام البطلان او احكام وقف التنفيذ التى تصدر بشأن حكم التحكيم فى دولة اصداره اعمالا لهذه النصوص .

---

(١) أنظر مجلة التحكيم العدد الثانى ١٩٩٣ ، ص ٢٥٨ ومابعدها.

- فمن ناحية - استنادا الى المادة /٧ من اتفاقية نيويورك التى تسمح للاطراف بالاستفادة من قوانين الدول المنضمة اليها والتى تتضمن احكاما أكثر تحررية بشأن تنفيذ احكام التحكيم[١] .

- ومن ناحية أخرى استنادا إلى نص المادة ١٥٠٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسى التى لا تنص على هذه لحالة ضمن اسباب رفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .

وجدير بالذكر أن اتجاه محكمة النقض فى هذه القضية هو الاتجاه الذى أخذت به محكمة استئناف باريس فى أكثر من حكم[٢].

ثالثا : قضية HILMARTON

تتعلق هذه القضية بمناقصة طرحتها السلطات الجزائرية عام ١٩٨٠ من أجل تطوير وتحديث مدينة الجزائر ، وقد اسندت هذه العملية إلى شركة فرنسية تدعى .O.T.V وبعد ذلك قامت الشركة الفرنسية المذكورة بابرام عقد مع شركة انجليزية تدعى Hilmarton تتعهد بمقتضاه الأخيرة بتقديم الاستشارات الاقتصادية والضريبية اضافة الى مهام التنسيق مع الجهات الادارية الجزائرية من اجل اتمام تنفيذ المشروع وذلك فى مقابل يعادل ٤% من القيمة الكلية للاتفاق المبرم بين السلطات الجزائرية والشركة الفرنسية .[٣]

وقد تم النص فى هذا العقد على اعمال احكام القانون

---

(١) ومنها القانون الفرنسى الذى يعد حسب رأى بعض الفقهاء القانون الأكثر فائدة "Plus Favorable" والذى تتيح تطبيقه المادة السابعة من اتفاقية نيويورك.
انظر تعليق الاستاذ HASCHER على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى هذه القضية والمنشور بمجلة التحكيم سالفة الذكر ص ٢٧٢ .

(٢) على سبيل المثال حكم محكمة استئناف باريس فى قضية Hilmarton الذى سنعرض له لاحقا الصادر فى ١٩ ديسمبر ١٩٩١ ، وحكم نفس المحكمة الصادر فى ١٢ فبراير ١٩٩٣ فى قضية "Unichips" ، مجلة التحكيم ١٩٩٣ ، ص ٢٥٩ ومابعدها.

(٣) V. Clunet, 1994, PP. 701-710, note E. Gaillard.

السويسرى، كما أن جميع المنازعات الناجمة عن العقد المشار اليه يتم حسمها فى ظل قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس على أن تنعقد جلساتها بجنيف بسويسرا ووفقا لاحكام قانون مقاطعة جنيف .

وفى عام ١٩٨٤ دفعت الشركة الفرنسية ما يعادل نصف الاتعاب تقريبا الى الشركة الانجليزية، ثم رفضت بعد ذلك دفع النصف الآخر المتبقى الذى طالبتها به الشركة الانجليزية ، مبررة موقفها بوجود اخطاء ارتكبتها الشركة الانجليزية بالمخالفة للعقد المبرم بينهما .

وعلى أثر ذلك لجأت الشركة الانجليزية لاعمال شرط التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية حيث أصدر المحكم الوحيد فى هذه القضية حكمه فى ١٩ أغسطس ١٩٨٨ [١] رافضا طلبات الشركة الانجليزية تأسيسا على أن العقد المبرم بين الشركة المدعية والشركة الفرنسية المدعى عليها يعد مخالفا ليس فقط للقانون الجزائرى[٢] ولكن أيضا لغالبية القوانين الأوربية اضافة الى مخالفته للاداب العامة وفقا للقانون السويسرى الذى يحكم العقد.[٣]

وخلص المحكم إلى أن مثل هذا النوع من العقود يخالف النظام العام العابر للدول L'ordre Public Transnational [٤] . ولم ترتضى الشركة الانجليزية بحكم التحكيم وطعنت عليه بدعوى بطلان اصلية أمام محكمة مقاطعة جنيف بسويسرا حيث قضى لصالحها ببطلان حكم التحكيم تأسيسا على أنه حكم تعسفى من وجهة

---

(١) أنظر مجلة التحكيم ١٩٩٣ ، ص ٣٢٧.

(٢) الصادر فى ١١ فبراير ١٩٧٨ الخاص باحتكار الدولة الجزائرية لقطاع التجارة الخارجية ويحظر اللجوء الى الوسطاء والسماسرة اضافة إلى محاربة استغلال النفوذ .

(٣) مجلة التحكيم ١٩٩٥ ص ٦٣٩ الى ٦٥٦ لاسيما تعليق الاستاذ "جارسون" ص ٦٥١.

(٤) مجلة التحكيم ١٩٩٥ ص ٦٣٩ الى ٦٥٦ لاسيما تعليق الاستاذ "جارسون" ص ٦٥١

نظـر القـانون السويسـرى بأعتـباره القـانون الـذى اخـتارته ارادة الأطراف [١] وعـند الطعـن علـى الحكـم أمـام المحكمـة الفيدراليـة السويسرية انتهت الأخيرة الى تأييده[٢] .

وفى أثـناء نظـر دعـوى الـبطلان امـام المحكمـة الفيدراليـة الفيدراليـة السويسـرية ، استصدرت الشزكة الفرنسية أمرا بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم - رغم ابطاله - من محكمة باريس فى ٢٧ فبراير ١٩٩٠ ، ايدتـه محكمـة اسـتئناف بـاريس بحكمهـا الصـادر فى ١٩ ديسمبر ١٩٩١[٣] مستندة الى نص المادة/٧ من اتفاقية نيويورك التى تقـرر (حسـب تفسـير محكمـة اسـتئناف بـاريس) أنـه ليـس بمقـدور القاضـى الفرنسـى رفـض اصـدار امـر بتـنفيذ حكـم الـتحكيم اذا كـان قانونـه الوطـنى يبيح ذلك، مرتبة على ذلك استبعاد النتائج التى تترتب على تثبيت المـادة ١/٥ -هـ من ذات الاتفاقيـة والـتى كـان يفترض أن تعوق تنفيذ حكم التحكيم .

كمـا اسـتندت الى أن المـادة / ١٥٠٢ مـن قـانون المـرافعات المدنيـة الفرنسـى لا تـدرج ضـمن حـالات عدم التـنفيذ الحـالة المـاثلة فى هذه القضـية. اضـافة الـى أن الاعتـراف فى فرنسا بأحكام الـتحكيم الـتى تـم ابطـالهـا فى دولـة صـدورهـا لا تـعد مخـالفة للمفهوم الفرنسـى للنظـام العـام الدولى[٤].

---

(١) صـدر هـذا الحكم فى ١٧ نوفمبر ١٩٨٩ وتجدر الاشارة إلى أن المادة ٣٦/ف من قانون التحكيم السويسرى تنص على أنه "يمكن الطعن على حكم التحكيم بالبطلان اذا اتسم بالتحكمية ، وذلك اذا قام على تقرير يخالف الواقع على نحو ما هو ثابت بالأوراق أو اذا كان يشكل مخالفة واضحة للقانون أو العدالة".

(٢) صـدر هـذا الحكم فى ١٧ أبريل ١٩٩٠ انظـر فى نصـه والتعـليق عـليه مجلة الـتحكيم ١٩٩٣ ، ص ٣١٥ ومابعدها.

(٣) انظر مجلة التحكيم سنة ١٩٩٣ ، ص ٣٠٠.

(٤) Gaillard. E., L'excution des sentonces annulés dans leur pays d'origine, J.D.I., 1998, P. 652.

وعند الطعن على الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية ايدته بحكمها الصادر فى ٢٣ مارس ١٩٩٤ [(١)]. حيث ضمنت حكمها القول بأن بطلان حكم التحكيم فى دولة مقر اصداره ثم الأعتراف به فى فرنسا لا يعد متعارضا مع النظام العام الدولى .

ولم تقف وقائع هذه القضية عند هذا الحد حيث أعيد طرح النزاع على محكمة التحكيم من جديد وانعقدت جلساتها فى سويسرا وانتهت الى اصدار حكم تحكيمى جديد فى ١٠ ابريل ١٩٩٢ مقرراً - على عكس الحكم التحكيمى الأول - احقية شركة Hilmarton فى المبالغ المتبقية لها طرف الشركة الفرنسية .

وكان طبيعيا أن تستصدر الشركة المحكوم لصالحها أمرا بتنفيذ الحكم التحكيمى الجديد من محكمة Nanterre بفرنسا علاوة على حصولها على الاعتراف بالحكم النهائى الصادر ببطلان الحكم التحكيمى الأول .

وأزاء تعارض هذين الحكمين مع الحكم السابق الصادر من محكمة النقض الفرنيسة ، عرض الأمر على محكمة استئناف فرساى بفرنسا التى قضت بحكيمها الصادرين فى ٢٩ يونيو ١٩٩٥ بتأييد ما ذهبت اليه محكمة Nanterre مستندة الى قواعد قانون الاجراءات المدنية والتجارة الفرنسى ومقررة أن :

- الأمر بتنفيذ الحكم الأول ليس من طبيعته تجميد النزاع داخل اطار النظام القانونى الفرنسى ، مؤكدة أن الإعتراف بالحكم الأول لا يتعارض اطلاقا مع الحكم الثانى على الرغم من أن هذا الأخير صدر فى اتجاه معاكس تماما .

---

(١) مجلة القانون الدولى (Clunet) ١٩٩٤ ، ص ٧٠١ ومابعدها ، ومجلة التحكيم ١٩٩٤ ص ٣٧٧ ومابعدها.

وأمام تلك الحالة تصدت محكمة النقض الفرنسية ، بحكمها الصادر فى ١٠ يونيو ١٩٩٧ للمشكلة المعروضة والغت "وبدون احالة" هذين الحكمين وذلك اعمال لنص المادة ١٣٥١ من القانون المدنى الفرنسى والخاصة بحجية الأمر المقضى به واضعة نهاية للحكمين الصادرين من محكمة فرساى فى شأن هذه القضية .

وبعد هذا الحكم لم يعد قائما فى ظل النظام القانونى الفرنسى الا الحكم الصادر بتنفيذ حكم تحكيم Hilnorton والذى اصبح معترفا به نهائيا فى فرنسا على الرغم من صدور حكم ببطلانه من القضاء السويسرى.

وجدير بالذكر أن حكم محكمة النقض الفرنسية اعاد التماسك - والذى كان لفترة معينة مفقودا - للقضاء الفرنسى فى مجال الاعتراف باحكام التحكيم التى تم ابطالها فى دولة صدورها ولم يتراجع قضاء النقض الفرنسى عن موقفه بشأن امكانية الاعتراف بأحكام التحكيم التى تم ابطالها فى الخارج بل أكد على هذا الموقف فى قضية تتعلق بجمورية مصر العربية وهى قضية "كرومالوى" Chromollloy وسنعرض لها بالتفصيل على النحو الآتى :

رابعا : قضية كرومالوى :

تتعلق وقائع هذه القضية بعقد تم ابرامه فى ١٩٨٨/٦/١٦ بين احدى هيئات وزارة الدفاع المصرية وشركة كرومالوى الأمريكية موضوعه تقديم معدات وخدمات ومعونة فنية متعلقة بطائرات الهليكوبتر ، ونتيجة لعدم وفاء الشركة الأمريكية بالتزاماتها التعاقدية انهى الطرف المصرى العقد وقام بتسييل خطابات الضمان المقدمة من الشركة.

وعلى أثر ذلك لجأت الشركة الأمريكية الى اعمال شرط التحكيم الوارد فى العقد باللجوء الى مركز القاهرة الأقليمى للتحكيم التجارى الدولى[1] حيث صدر حكم تحكيمى بالقاهرة قضى بأن أنهاء العقد قد جاء على نحو مخالف للقانون والزم الطرف المصرى بدفع مبلغ يتجاوز ١٧ مليون دولار للطرف الأمريكى.[2]

وعندئذ طلبت الشركة الأمريكية تنفيذ الحكم التحكيمى فى الولايات المتحدة بينما طلب الطرف المصرى فى ذات الوقت ابطاله فى مصر ، وبالفعل استجابت محكمة استئناف القاهرة لطلب الطرف المصرى وقضت ببطلان حكم تحكيم كرومالوى مستندة فى ذلك لعدة أسباب منها مخالفة الحكم التحكيمى لارادة الأطراف باستبعاد تطبيق القانون الذى كان يجب تطبيقه وتطبيق قانون اخر بدلا عنه ، اذ بينما كان يجب تطبيق القانون الادارى المصرى[3] ، ومن ثم واعمالا لنص المادة ١/٥٣- د من قانون التحكيم المصرى[4] انتهت محكمة استئناف القاهرة الى القضاء ببطلان حكم التحكيم بجلستها المنعقدة فى ١٩٩٥/١٢/٥.[5]

---

(١) شكل المركز هيئة تحكيم مكونة من الاستاذ R. Briner رئيسا للمحكمة والاستاذ الدكتور محمود سمير الشرقاوى محكما مختارا من الجانب المصرى والاستاذ E. Gaillarrd محكما مختارا عن الشركة الأمريكية.

(٢) صدر هذا الحكم فى ١٩٩٤/٨/٢٤.

(٣) وكانت المحكمة قد انتهت الى وصف العقد المبرم بين الطرفين على أنه من العقود الادارية مما كان يجب على هيئة التحكيم تطبيق القانون الادارى المصرى بأعتباره القانون الذى اتفق الطرفان على تطبيقه على العقد.

(٤) تنص هذه المادة على أنه يجوز ابطال حكم التحكيم :-اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع".

(٥) وذهبت المحكمة الى أنه :

"لما كان ذلك ، وكان من غير المتنازع فيه من الطرفين أن القانون المصرى وهو المتفق بينهما على تطبيقه على النزاع الماثل وكذلك من غير المتنازع فيه أن العقد محل التداعى مبرم بين هيئة تسليح القوات الجوية المرفوعة التابعة لوزارة الدفاع المصرية وهى من المرافق العامة والشركة المدعى عليها وهى إحدى شركات القطاع الخاص الأمريكية وأن

وعلى الجانب الآخر كانت الشركة الأمريكية قد استصدرت أمرين بتنفيذ حكم التحكيم :

الأول : اثناء نظر دعوى بطلان حكم التحكيم حيث اصدر قاضى التنفيذ بمحكمة باريس آمرا بتنفيذ حكم التحكيم فى ٤ مايو ١٩٩٥.

والثانى: من محكمة مقاطعة كولومبيا بالولايات المتحدة الأمريكية والأمر ايضا بتنفيذ حكم التحكيم فى ٣١ يوليو ١٩٩٦ (وذلك بعد صدور حكم البطلان).

أما عن الحكم الأول الصادر من محكمة باريس فقد طعنت

العقد ينصب على قيامها بتوريد قطع غيار لأسطول طائرات الهليكوبتر المبينة بالعقد والقيام بالصيانة وتنظيم مخازن قطع الغيار .
ولما كان القانون المصرى لم يعرف العقود الادارية ولم يبين خصائصها التى تميزها عن غيرها من العقود التى يهتدى بها فى القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولحصانتها وصيانتها من تعرض المحاكم لها بالتعطيل أو بالتأويل، إلا أن اعطاء العقود التى تبرمها الادارة وصفها القانونى الصحيح باعتبارها عقودا إدارية أو مدنية إنما يتم على هدى ما يجرى تحصيله منها ويكون مطابقا للحكمة من إبرامها.
ولما كان من المقرر أن العقود التى تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقودا إدارية إلا اذا تعلقت بتسيير مرفق عام أو بتنظيمه وأظهرت الإدارة نيتها فى الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص.
وعلى هدى ما تقدم وكان الثابت لهذه المحكمة أن العقد محل المنازعة هو عقد ادارى مبرم مع مرفق عام لتوريد مهمات وخدمات متعلق بتسييره وتنظيمه وتضمن العقد - حسبما هو وارد بدفاع الطرفين بأوراق التداعى الماثل - أن الادارة أظهرت نيتها فى الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر بما تضمنه العقد من حق جهة الإدارة فى توقيع جزاءات مالية فى بعض الحالات وسلطتها فى إنهاء التعاقد فى حالات معينة بإرادتها المنفردة بمجرد إخطار بخطاب مسجل وهى شروط استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص، فإذا تضمن ذلك العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق - بمعرفة هيئة التحكيم - هو القانون المصرى فإن مفاد ذلك أن المقصود هو القانون الادارى المصرى فإذا أعمل حكم التحكيم القانون المدنى المصرى دون القانون الإدارى المصرى فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق فى العقد على إعمال أحكامه بما تتوافر معه حالة من حالات طلب بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها فى المادة ٥٣ فى فقرتها الأولى بند (د) من القانون رقم ١٩٩٤/٢٧ آنفة البيان".

عليه الحكومة المصرية لدى محكمة استئناف باريس ، الا أن هذه المحكمة أصدرت حكمها فى ١٤ يناير ١٩٩٧[١] مؤكدة على ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية : أنه ليس بإمكان القاضى الفرنسى رفض اصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الا اذا كان يندرج ضمن حالة من الحالات التى تتضمنها على سبيل الحصر المادة ١٥٠٢ من قانون المرافعات الفرنسى والتى تشكل قانونه الوطنى الذى يتعين عليه تطبيقه .

ولما كانت المادة /١٥٠٢ لم تدرج من بين حالات رفض الاعتراف والتنفيذ لاحكام التحكيم الحالة المنصوص عليها فى المادة الخامسة من معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ فانه يتعين ترتيبا على ذلك استبعاد تطبيقها .

وحيث أن حكم التحكيم الصادر فى مصر يعد حكما دوليا لا يندمج بهذه الصفة (صفة الدولية) فى النظام القانونى المصرى على نحو يظل معه هذا الحكم قائما مستقرا على الرغم من القضاء بأبطاله علاوة على أن الاعتراف بهذا الحكم فى فرنسا لا يعد مخالفا للنظام العام الدولى[٢].

---

(١) انظر مجلة التحكيم - ١٩٩٧ - ص ٣٩٥ مع تعليق الاستاذ "فوشارد".

(٢)أنظر نص الحكم منشور فى مجلة "Clunet" ١٩٩٨ ص ٦٥٤ حيث أن النص الفرنسى يتضمن :

"Considérant qu'ainsi le juge francais ne peut refuser l'exequatur que dns les cas prevus et limitativement énumérés par l'article 1502 du nouveau Code de procedure civile qui constitue son droit national en la matiére et dont la société Chromally est dés lors fondée á se prévaloir;
Et considérant que cet article 1502 du nouveau Code de procédure civile ne retient pas au nombre des cas de refus de reconnaissance et d'exécution celui prevu par l'article V de la Convention de 1958 dont l'application doit en conséquence être écartée;
Considérant enfin que la sentence rendue en Egypte était une sentence internationale qui par définition n'était pas intégrée à l'ordre juridique de cet Etat

أما فيما يتعلق بالحكم الثانى الذى استصدرته الشركة الأمريكية من محكمة مقاطعة كولومبيا[١] فقد قضى بتنفيذ حكم التحكيم ، على الرغم من سبق صدور حكم بابطاله من القضاء المصرى فى ١٩٩٥/١٢/٥ ، استناداً الى المادة السابعة من معاهدة نيويورك ، وأن القانون الأمريكى لا يجيز لقاضى التنفيذ فى الولايات المتحدة رفض تنفيذ احكام التحكيم لوقوع خطأ "من هيئة التحكيم" فى تطبيق القانون . وقررت المحكمة ان حكم التحكيم الذى يتضمن فى اسوأ الفروض خطأ فى تطبيق القانون - كما فى حالتنا هذه - لا يخضع لرقابة القاضى الأمريكى المعنى باصدار الأمر بالتنفيذ .

علاوة على أن اتفاق التحكيم بين طرفى النزاع نص صراحة على استبعاد أى طريق للطعن على حكم التحكيم سواء بالاستئناف أو بأى وجه آخر من وجوه الطعن وقررت أن هذا الاتفاق ملزما للطرفين من ناحية وللقاضى الأمريكى من ناحية أخرى وأن

---

de sorte que son existence est demeurée établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'est pas contraire à l'ordre public international".

(١) أنظر نص هذا الحكم فى مجلة التحكيم سنة ٩٩٧ ص ٤٣٩ الى ص ٤٥٠.

Ce 31 juillet 1996, le Tribunal, aprés examen de la demande de la demanderesse tendant à la confirmation de la sentence arbitrale, de la demande de la defenderess tendant à ce qu'il soit sursis à statuer sur la demande de confirmation de la sentence arbitrale, de la demande de la defenderesse tendant au rejet de la demande de confirmation de la sentence arbitrale, des mémoires en réponse et en replique à ces demandes, aprés l'audience tenue dans cette affaire le 12 decembre 1995, aprés examen des mémoires aprés audience déposés à ce sujet et du dossier complet de l'affaire, et sur le fondement de la motivation contenue dans l'exposé des motifs ci-joint:

ORDONNE la confirmation de la sentence arbitrale et l'enregistrement du jugement en faveur de Chromalloy Aeroservices, Inc., en ce qui concerne la sentence arbitrale;

REJETTE en outre les demandes distinctes de la défenderess sollicitant un sursis à statuer sur la demande de confirmation de la sentence arbitrale et le rejet de cette demande.

June L. GREEN
Juge de District des Etats-Unis

على الأخير احترام ما اتفق عليه الأطراف فى اتفاق التحكيم .

واعتبرت المحكمة أنه سيكون مخالفا للنظام العام الأمريكى الاعتراف بقوة حكم قضائى أجنبى أبطل حكما تحكيميا اكتسب الدرجة القطعية ولم يعد قابلا للمراجعة باتفاق الطرفين .

وهكذا يتضح أن القضاء الأمريكى فى هذه القضية سلك نفس مسلك قضاء النقض الفرنسى فى الاعتراف بأحكام التحكيم على الرغم من صدور أحكام ببطلانها فى دولة مقر التحكيم .

ومع أنهما قد استندا لنص المادة السابعة من اتفاقية نيويورك الا أنهما مختلفان فى اسباب حكميهما على النحو سالف البيان.

المطلب الثانى

الفقه المؤيد لمبدأ وحدة الرقابة فى الدولة المطلوب فيها تنفيذ أحكام التحكيم

بعد الحالة التى أوجدها صدور حكم تحكيم Norslor ثم الحالة غير المسبوقة فى القضاء الفرنسى الناجمة عن تضارب الاحكام فى قضية Hilmarton[1] والتى تكررت بشأن أحكام لاحقة، بدأت تظهر فى الفقه الفرنسى اتجاهات تؤيد مسلك هذا القضاء ، الذى يسير فى اتجاه قصر الرقابة على حكم التحكيم لقضاء الدولة المطلوب فيها تنفيذ حكم التحكيم .

وقد تزعم هذا الاتجاه الاستاذ "فوشارد"[٢] الذى لا يكتفى

---

(١) حيث صدرت ثلاثة أحكام منها حكمان تحكيميان متناقضان اضافة الى حكم قضائى صادر من قضاء مقر التحكيم بأبطال حكم التحكيم الاول على النحو السالف عرضه فى المطلب السابق .

(٢) Ph. Fouchard : La portée internationale de L'annulation de la sentence arbitrale dans son pays D'arigine, Rev. Arb., 1997, PP. 329-352, Spec. 345, et s.

بالميل والتأييد الشديد لهذا الاتجاه بل انه ينادى ايضا بالغاء اى طريق آخر يؤدى إلى ابطال احكام التحكيم الدولية .

وأن الطريق الوحيد - من وجهة نظره - لاعمال الرقابة القضائية سيكون فقط هو الطريق المتاح بمعرفة قاضى التنفيذ عندما يطلب منه اصدار امره بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم فى بلد ما .

وقد برر الاستاذ "فوشارد" - مع من يؤيده - هذا الاتجاه للقضاء الفرنسى بعدة حجج :

أولا : الحجج المؤيدة لاتجاه النقض الفرنسى :

الحجة الأولى: فكرة الاتساق المزدوج:[١] "Double Cohérence"

دافع الفقه المؤيد للاتجاه الذى تبناه القضاء الفرنسى بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم التى قضى ببطلانها من قضاء الدولة ذات الاختصاص، بمقولة أن هذا الحل من شأنه أن يضمن للنظم القانونية الوطنية للتحكيم الدولى نوعا من الاتساق فى معاملة الاحكام واحكام التحكيم الصادرة فى الخارج .

فهذا الحل يحقق الاتساق على الصعيد الدولى حيث يعطى للقاضى الوطنى الذى يصدر الامر بالتنفيذ ذات السلطة الرقابية فى مواجهة الحكم الصادر من دولة مقر التحكيم سواء كان هذا الحكم صادرا بأبطال حكم التحكيم أو تأييده .

ومن ناحية أخرى فهو يحقق نوعا من الاتساق الداخلى حيث يؤدى الحل الذى آتى به القضاء الفرنسى الى تحقيق ذات المعاملة

---

(١) يذهب بعض الفقه المصرى الى اعتباره نوعا من "التجانس المزدوج" . أنظر دكتورة حفيظة الحداد ، الرقابة القضائية ، سبق ذكره التى تصدر على الاقليم الفرنسى ص ٩١.

لاحكام التحكيم الصادرة فى الخارج وتلك التى تصدر على الإقليم الفرنسى.

الحجة الثانية : حجة ذات طابع منطقى :[١] **argument d'ordre logique**

حيث يتسائل الاستاذ "فوشارد" لماذا يتم القضاء ببطلان حكم تحكيمى فى دولة ما اذا كان هذا الحكم لن يتم تنفيذه فيها؟ .

كما يطرح تساؤلا آخر :

لماذا يتم القضاء ببطلان هذا الحكم اذا كان هذا البطلان لن يترتب عليه أى أثر فى الخارج؟.[٢]

فمن وجهة نظره - ووفقا لما استقر عليه قضاء النقض الفرنسى - ان حكم التحكيم لا يندرج فى النظام القانونى لدولة مقر التحكيم وليس لهذا الحكم جنسية ، ومن ثم فيحق لآى دولة أن تقرر بحرية تامة منحه او عدم منحه القوة التنفيذية . فعدم تركيز حكم التحكيم يصاحبه - بالضرورة - اعادة تركيز تنفيذه فى الدولة المطلوب فيها التنفيذ .[٣]

وفى هذا الاطار يضيف بعض الفقه ان احكام التحكيم الدولية التى لا تندمج فى النظام القانونى الداخلى لاية دولة (حتى ولو كانت الدولة مقر التحكيم او الدولة التى طبق قانونها) تظل دائما قائمة وتنتج اثارها على الرغم من صدور احكام قضائية ببطلانها[٤].

---

(١) J.F. Poudret : Quelle solution pour en Finir avec L'affaire Hilmarton? Rev. arb. 1998, PP 6-24 Spéc. P. 12.

(٢) الاستاذ فورشاد ، المرجع السابق ، ص ٣٥٢.

(٣) المرجع السابق .

(٤) انظر تعليق الاستاذ E. Gaillard على حكم التحكيم الصادر فى قضية كرومالوى المنشور فى مجلة القانون الدولى "Clunet" ١٩٩٨ ، لاسيما ص ٧٥٤.

الحجة الثالثة : حجة ترجع الى طبيعة النظام القانونى الفرنسى :

يذهب بعض الفقه[١] الفرنسى فى تبريره لموقف القضاء الفرنسى إلى القول بأن النظام الفرنسى للاعتراف وتنفيذ احكم التحكيم التى تصدر فى دولة اجنبية يعد نظاما "أحادى الجانب" "Unilateral system".[٢]

فاندماج او ادخال حكم التحكيم فى النظام القانونى الفرنسى يتحدد وفقا لقواعد القانون الفرنسى وحده، وهى قواعد ذات طبيعة اقليمية بحتة من حيث التطبيق ، ومن خصائصها انها لا تعنى بما اذا كان حكم التحكيم ذو قيمة أم لا من وجهة نظر أى نظام قانونى اجنبى آخر ، حتى ولو كان هذا القانون هو قانون الدولة التى صدر على اقليمها او بالتطبيق لقانونها حكم التحكيم ، فمسألة اندماج حكم التحكيم فى اطار أى نظام قانونى آخر - غير الفرنسى - لا يعتد به فى هذا الشأن .

ومنطق النظام الفرنسى : أن حكم التحكيم المقبول لدى القضاء الفرنسى يجب الا يتم رفض تنفيذه وترتيبه لاثاره لمجرد أن قاضى اجنبى لديه أفكار مختلفة بشأن الاعتداد بهذا الحكم .

بل وأكثر من ذلك فان فكرة اضفاء جنسية ما على حكم التحكيم تعد أمرا غير مسلم به فى فرنسا .

---

(١) وهذا هو تبرير : Y. Derains
وهو واحد من كبار خبراء التحكيم فى فرنسا . وفى عرض هذه الحجة أنظر :
A.J. Van den Berg, Annulment of A wards in internatioal arbitration, dans international Arbitration in 21st century, transnational publishers, inc, 1993. P.P. 132 - 162 spéc. P. 152.

(٢) وذلك تمييزا لها عن المفهوم المزدوج للقواعد القانونية لتحديد الاختصاص التشريعى.
Bilateral system.

الحجة الرابعة :

والى جانب الحجج سالفة الذكر فان الفقه الفرنسى المؤيد للقاعدة التى أوجدها قضاؤه اضاف حجة اخرى غير مستمدة من النظام القانونى الفرنسى[1] بل مستمد من انظمة قانونية اخرى وذكر تحديدا أن هذه القاعدة معروفة فى النظام القانونى للولايات المتحدة الأمريكية. مما يفيد أن هذا الحل ليس حلا متفردا معزولا اوجده القضاء الفرنسى ، مؤكدا ذلك بما انتهى اليه القضاء الأمريكى فى قضية "كرومالوى" حيث انه على الرغم من ان حكم التحكيم تم الغائه من قبل المحكمة المختصة (محكمة استئناف القاهرة) الا أن محكمة مقاطعة كولومبيا بأمريكا أصدرت فى ٣١ يوليو سنة ١٩٩٦ أمراً بتنفيذ حكم التحكيم الذى تم ابطاله فى مصر ، استنادا لنص المادة السابعة من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ وهو ما يعبر تماما عن نفس الحل الذى ابتدعه القضاء الفرنسى .

ثانيا : نطاق اعمال القاعدة التى وضعتها محكمة النقض الفرنسية:

ولما كان نظام التحكيم وفقا للقانون الفرنسى يفرق بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى فأن الفقه المؤيد لاتجاه القضاء الفرنسى يحدد نطاق اعمال هذا الاتجاه ويقصره على احكام التحكيم الدولية وايا كانت الاسباب التى أدت الى بطلان هذه الاحكام وذلك على التفصيل الآتى:

١ - طبيعة الاحكام التى تسرى عليها القاعدة التى اوجدها القضاء الفرنسى:

يرى الفقه المؤيد لهذا الاتجاه ان تلك القاعدة لا تنطبق الا على

---

(١) انظر مقال "E. Gaillard" سنة ١٩٩٨ مرجع سبق ذكره ، ص ٦٥٤.

احكام التحكيم ذات الطابع الدولى، دون احكام التحكيم الوطنية البحتة التى تصدر بشأن المنازعات الوطنية الخالصة ، أى أنه لا يستفيد من تلك القاعدة الا احكام التحكيم الصادرة خارج فرنسا والتى صدرت بشأنها احكام قضائية بالبطلان خارج فرنسا ايضا.[١]

وقد اشارت الى ذلك محكمة النقض الفرنسية فى حكمها فى قضية Hilmarton الصادر فى ٢٣ مارس ١٩٩٤ ، حيث قررت ان حكم التحكيم الصادر فى سويسرا يعتبر حكما تحكيميا دوليا لا يندمج فى النظام القانونى لدولة اصداره (سويسرا) على نحو يظل معه هذا الحكم قائما على الرغم من القضاء ببطلانه .

كما نجد أن محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر فى ١٤ يناير ١٩٩٧ فى قضية "كرومالوى" ذكرت أيضا أن :

"حكم التحكيم الصادر فى مصر يعد حكما تحكيميا دوليا، وبطبيعته هذه لا يندمج فى النظام القانونى المصرى ومن ثم يظل قائما على الرغم من القضاء ببطلانه" .

ومجمل هذه الحجج التى يقررها الفقه الفرنسى لتبرير اتجاه قضائه القائم على مقولة عدم اندماج احكام التحكيم الدولية فى النظام القانونى لدولة مقر التحكيم ، لا يترك اى مجال للشك فى أن جميع الاحكام التى تصدر فى المنازعات الخاصة ذات الصفة الدولية، يمكن الاعتراف بها فى فرنسا على الرغم من صدور أحكام بأبطالها من القضاء المختص، وذلك كله على عكس أحكام التحكيم الداخلى المتعلقة بمنازعات وطنية بحتة ، فأن صدور أحكام قضائية بأبطالها يسلب منها وجودها الشرعى - أى يجعلها عديمة الوجود - لسبب

---

(١) E. Gaillard : Clunet 1998, op.cit., P. 659.

جوهرى وهو أنها تندمج كلية فى النظام القانونى لهذه الدولة .

٢ - تعدد وتنوع اسباب بطلان حكم التحكيم لا يعوق الاعتراف به وتنفيذه فى فرنسا :

يذهب مؤيدى هذه القاعدة الى أنها تجد مجالها للتطبيق أيا ما كان السبب الذى بنى عليه البطلان فى دولة اصداره فمع اختلاف الاسباب التى تبنى عليها احكام البطلان الصادرة من القضاء المختص ، فان حكم التحكيم الذى تم ابطاله يتم الاعتراف به وتنفيذه فى فرنسا .

فمن الملاحظ أن أسباب الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم تختلف من دولة إلى أخرى، فمنها - كما رأينا فى الفصل السابق - من يوسع من حالات الطعن بالبطلان ومنها من يضيق من هذه الحالات .

فاذا كان قانون التحكيم المصرى يعد من القوانين التى توسع من حالات البطلان - كما يرى بعض الفقه الفرنسى[١] - مما يعد مخالفا لبعض الحالات التى ينص عليها القانون الفرنسى وكانت باعثا لصدور الأمر بالتنفيذ وتأييده استئنافيا فى باريس عام ١٩٩٧ فى قضية "كرومالوى"[٢] فأننا نجد على العكس من ذلك القانون الانجليزى "Arbitration Act 1996" الذى يتضمن قائمة بأسباب البطلان وان كانت اقل اتساعا من تلك التى نص عليها المشرع المصرى الا أنها أكثر اتساعا من تلك التى نص عليها القانون الفرنسى ، والسويسرى ، والهولندى .

---

(١) Voir : E. Gaillard : op.cit., P. 658.

(٢) المرجع السابق .

ومع ذلك فنجد أن القضاء الانجليزى - من الناحية العملية - لا يلجأ الى أعمالها الا فى اضيق الحدود .[١]

والواقع أن الاتجاه الفقهى الفرنسى المؤيد للاعتراف بحكم التحكيم الذى تم ابطاله ، لا يفرق بين الدول التى يتضمن قانونها حالات للبطلان لا يعرفها القانون الفرنسى او تلك التى توسع من نطاق الطعن بالبطلان على نحو يفوق ذلك النطاق المحدد فى القانون الفرنسى ، ولا بين الدول التى لا تختلف عن القانون الفرنسى من حيث حالات الطعن بالبطلان .

- فالحل لن يختلف مع تعدد هذه الحالات وتظل مسألة تقدير الاعتراف بحكم التحكيم الذى تم ابطاله خاضعة للشروط الواردة فى القانون الفرنسى ، حيث سيتم الاعتراف بهذا الحكم الملغى ومنحه الصيغة التنفيذية طالما تحققت فيه الشروط المتطلبة فى القانون الفرنسى.

- والحقيقة أن الموقف الذى اتخذه القضاء الفرنسى فى القضايا السابق عرضها والذى ايده بعض الفقه والمتمثل فى عدم الاعتداد باحكام البطلان الصادرة من خارج فرنسا هو موقف متفرد وليس له مثيل فى كافة الأنظمة القانونية ويتعارض ليس فقط مع القانون الفرنسى ذاته حيث يتضمن ، كماسبق ، تنظيما للطعن بالبطلان على احكام التحكيم ، كما أن فرنسا ذاتها من الدول الموقعة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم كأتفاقية نيويورك ١٩٥٨ وجنيف ١٩٦١ والتى تعلق الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم على عدم صدور حكم بالبطلان ، وكما سبق أن ذكرنا أن هناك حدا أدنى متفق عليه

---

(١) "Irrégularités Sériecuses" اى عدم المشروعية الجدية ، كذلك نجد ما يسمى حالات الغموض فى الحكم "ambiguté de la sentence" .

فى كافة الأنظمة القانونية الوطنية والمعاهدات الدولية بشأن اسباب البطلان (المعتمد) والتى يمكن وصفها بالمعايير المعترف بها دوليا لفعالية احكام البطلان والذى يمكن اعتباره أيضا حدا أدنى ملزما للدول يتعين على قضائها احترامه والاعتداد به وعدم اصدار أوامر بتنفيذ احكام التحكيم التى قضى ببطلانها وفقا لهذه الاسباب (المعتمدة) . وهو ما يتمشى مع وجهة نظرنا التى نؤكد عليها بشأن الفاعلية الدولية لاحكام بطلان التحكيم وفقا للمعايير التى سبق ذكرها.

وهو ما ينسجم مع الاتجاه المؤيد لازدواجية الرقابة على أحكام التحكيم والتى وإن كانت بحسب الظاهر نوعا من (الازدواج فى الرقابة) الا أنها رقابة تقوم على أسباب مقبولة ومعترف بها على الساحة الدولية ويترتب على اعمالها القدر الاعظم من ضمان صدور وتنفيذ احكام تحكيم (خالية بدرجة كبيرة من العيوب).

والحقيقة أن الحجج الذى ذهب اليها القضاء الفرنسى والفقه المؤيد لا تصمد امام النقد الذى وجهه اليها الاتجاه المناهض والذى يؤكد على فعالية أحكام البطلان .

المبحث الثانى

الاتجاه المؤيد للفعالية الدولية لاحكام بطلان احكام التحكيم

"الاتجاه المناهض للقاعدة التى وضعها القضاء الفرنسى"

بعد صدور احكام محكمة النقض الفرنسية التى تبنت اتجاها فحواه:

ان صدور احكام بالبطلان او بوقف تنفيذ احكام التحكيم من قضاء الدولة مقر التحكيم او الدولة التى تم تطبيق قانونها على النزاع لا يعد مبررا كافيا لرفض تنفيذ احكام التحكيم فى فرنسا . الا أن هذا

الاتجاه التحررى لا يتوافق مع السعى نحو توحيد القواعد المتعلقة بالاعتراف وبتنفيذ احكام التحكيم الذى جسدته اتفاقية نيويورك ١٩٥٨.[(١)]

فلاشك أن مثل هذا الاتجاه سيؤدى الى وجود حالة غير قابلة للتوفيق :

حيث سنكون امام حكم تحكيم تم ابطاله فى دولة ما وفى نفس الوقت صدرت اوامر بتنفيذه فى دول أخرى ، فمثل هذه الحالة تؤدى الى نوع من عدم التناسق فى الحلول على المستوى الدولى :

فالحكم الذى تم ابطاله سيكون قابلا للتنفيذ فى دول أخرى، كما سيكون للبطلان - ايضا - اثارة التى سيعتد بها فى دول أخرى[(٢)].

وهو ما يستوجب ضرورة الانصياع لما يمكن أن نسميه المبادىء العامة للتحكيم المتعارف عليها فى الأنظمة الوطنية والتى تجمع على ضرورة خضوع احكام التحكيم للرقابة القضائية ، فالمحكم كالقاضى معرض للخطأ والاصل العام فى القضاء تعدد درجات التقاضى حتى يمكن تصويب ما قد يقع من اخطاء وهو ما ينسحب بطبيعة الحال على أحكام التحكيم .

فعلى النقيض من الاتجاه الفقهى المؤيد لموقف القضاء الفرنسى نجد أن هناك جانبا آخر من الفقه الفرنسى والغربى يرفض

---

(١) اضافة الى الاتفاقيات الاقليمية الاخرى السابق العرض لها فى الفصل السابق .

(٢) ولهذا نجد أن بعض التشريعات سلكت منهجا اخر لحل هذا التناقض على الساحة الدولية، فنجد مثلا قانون التحكيم البليجكى الصادر سن ١٩٨٧ وقد الغى امكانية اللجوء لرفع دعوى البطلان على احكام التحكيم التى يكون اطرافها غير مرتبطين باية علاقة بدولة بلجيكا, كما يذهب المشرع السويسرى الى اعطاء اطراف النزاع سلطة استبعاد طريق الطعن بالبطلان طالما كانوا من غير المقيمين فيها لتفادى ازدواجية الرقابة مع تلك التى يفرضها قانون الدولة المطلوب منها اصدار أمر التنفيذ ، راجع قواعد القانون الدولى الخاص السويسرى الصادر فى ١٠ ديسمبر ١٩٨٧ .

ما ذهبت هذا الاتجاه مستندا الى مجموعة من الحجج :

أولها: يقوم على تقسيم الاختصاص اعمالا للاتفاقيات الدولية.

وثانيها : يتعلق بأعتبارات الملاءمة .

وثالثها: وتتعلق بمبررات الشرعية .

أولا : مبررات تستند الى الاتفاقيات الدولية :

يستند الفقه المناهض لاتجاه القضاء الفرنسى الى ما تضمنته الاتفاقيات الدولية المعنية بتنفيذ احكام التحكيم والتى من اهمها اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ واتفاقية جنيف ١٩٦١ وواشنطن ١٩٦٥.

أ - اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ :

يرى الفقه المناهض للحل القضائى الفرنسى أنه بالرجوع لهذه الاتفاقية يتضح ان واضعوها قد حددوا صراحة خاصة فى المادة الخامسة منها الشروط اللازمة لتنفيذ احكام التحكيم اضافة الى ان هذه المعاهدة حددت التوزيع الضمنى للاختصاص بين الأنظمة القانونية بشأن نظر الطعن على احكام التحكيم .

ففيما يتعلق بنصوص اتفاقية نيويورك يتضح أن نص المادة ١/٥ ينص على أن "الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم لا يجوز رفضهما الا اذا كان حكم التحكيم قد تم ابطاله بحكم قضائى صادر من محاكم الدولة مقر التحكيم".

ومن الواضح أن هذا النص يضع على عاتق قضاء الدولة المطلوب منها اصدار الأمر بالتنفيذ ضرورة رفض هذا الطلب لمثل هذه النوعية من الأحكام ، وهو بهذه المثابة يعوض الخلل الذى تضمنته صياغة نفس هذه الفقرة من المادة

الخامسة فى النص الانجليزى للمعاهدة والذى يضفى على هذه المسألة الطابع الاختيارى غير الالزامى "May be refused only" وهو ما لا يتفق مع الصياغة الفرنسية.[١]

- أما بالنسبة لتوزيع الاختصاص فيرى هذا الفقه ان معاهدة نيويورك قامت بالتوزيع الضمنى للاختصاص بين الأنظمة القانونية فيما يتعلق بقضاء الدولة الذى يتعين عليه النظر فى دعاوى ابطال احكام التحكيم ، اضافة الى قضاء الدولة المختص باصدار الأمر بالتنفيذ ، مع الزام قضاء هذه الدولة الأخيرة بالانصياع للاحكام القضائية الصادرة فى الدولة الأولى ، وهو ما يعد توزيعا للاختصاص بين الأنظمة القانونية المعنية بالتحكيم - قضاء دولة مقر التحكيم - قضاء الدولة التى طبق قانونها - قضاء الدولة التى يطلب منها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم) ويستشف ذلك بشكل ضمن من نص المادة ١/٥- هـ.[٢]

فمما لاشك فيه أن تركيز جميع دعاوى الطعن على أحكام التحكيم فى دولة المقر يحقق حدا أدنى من التنسيق على المستوى الدولى، وهو ما يؤدى بطبيعة الحال الى اعتبار الحل الذى تسير عليه محكمة النقض الفرنسية متعارضا ليس فقط مع نصوص معاهدة نيويورك بل والغايات التى تتطلع اليها واضعوها .

ب - اتفاقية جنيف ١٩٦١ :

من المعروف أن هذه الاتفاقية تم توقيعها فى ٢١ ابريل ١٩٦١ وتضم الآن ٢٧ دولة وهو ما يعنى ازدياد طردى للدول المنضمة اليها قناعة منها بالاحكام التى تتضمنها .

---

(١) أنظر "E. Gaillird" op.cit. P. 661

(٢) أنظر المرجع السابق ، ص ٦٦٢.

وقد نصت المادة التاسعة منها على أن "بطلان حكم التحكيم فى دولة اصداره لا يعد سببا لرفض الاعتراف أو التنفيذ الا اذا كان هذا البطلان قائما على أحد الأسباب الاربعة : عدم الأهلية أو عدم مشروعية أتفاق التحكيم ، انتهاك حقوق الدفاع ، تجاوز المحكمين حدود اتفاق التحكيم ورابعا : أن يكون تشكيل هيئة التحكيم أو أن اجراءات التحكيم لا تتطابق مع ارادة الأطراف أو مع قانون مقر التحكيم .

وهو ما يعنى أن أطراف هذه الاتفاقية - بتحديدهم أسبابا للبطلان المقبول - على سبيل الحصر - يرغبون - ليس فقط - فى الحد من الفعالية الدولية للاسباب الاخرى للبطلان غير تلك الواردة فى اتفاقيتهم ، خاصة تلك الواردة فى عجز المادة (١/٥) من اتفاقية نيويورك ، بل وأيضا فى الحد من الفعالية الدولية للحالتين التى نصت عليها (م٢/٥) من اتفاقية نيويورك.

- كما أن اتفاقية جنيف كانت واضحة فى هذه المسألة حيث نصت فى الفقرة (٢) من (م٩) على تحديد معنى الفقرة (١) من نفس م٩ بالنسبة لاتفاقية نيويورك :-

أنه فى العلاقات بين الدول اطراف معاهدة جنيف والذين فى نفس الوقت أطراف فى اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨ فان الفقرة ١ من المادة ٩ لها أثر محدد .

ومن الناحية العملية فإن هذا يعنى - بالنسبة لاعضاء اتفاق جنيف الـ ٢٧ - عند تطبيقهم لهذا الاتفاق : فإن أسباب البطلان التى يتضمنها النظام الانجليزى (art 68 de l'arbitration Act anglais) أو السويسرى "l'arbitraire" أو مثلا م ١/٥٣ من القانون المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فان مثل هذه الاسباب لا

تتمتع بأية فعالية دولية بالنسبة لهذه الدول المنضمة لاتفاقية جنيف ١٩٦١ ، بمعنى أنه اذا صدر قضاء دولة مقر التحكيم حكما بالبطلان على أحد أحكام التحكيم طبقا لأى من هذه الاسباب الموضحة أعلاه ، فإنه واعمالا لاحكام لاتفاقية جنيف فإن أى من الدول المنضمة اليها لن تعترف بهذا البطلان ولا يعد ذلك انتهاكا منها لمادتها رقم ٩ .

وبالنسبة لفرنسا ، فمما لاشك فيه أن اتفاقية جنيف لم يتم اعمالها فى قضيتى نورسلور وهميلمارنون.

وتشكل اتفاقية جنيف - قياسا على ذلك - دفعة اضافية لعدم ترتيب أى أثر للحكم الصادر ببطلان حكم التحكيم الصادر فى سويسرا لكون حكم التحكيم تعسفيا "arbitraire" كما فى قضية Hilmarton ، كذلك لا يترتب اى اثر للبطلان الصادر من محكمة استئناف القاهرة فى قضية "كرومالوى" لاستناده على سبب لا يندرج ضمن الحالات الاربعة الواردة على سبيل الحصر فى المادة ٩ من اتفاقية جنيف سنة ١٩٦١ .

ويعنى هذا أيضا أنه من غير الصحيح الاعتقاد بأن ابطال حكم التحكيم فى دولة اصداره لن يتم الاعتراف به الا فى فرنسا وربما فى أمريكا ، بل وأيضا وفى كافة الدول الاخرى المنضمة لاتفاقية جنيف.

كل هذا يعنى أن اتفاقية جنيف تقر الفعالية الدولية لاحكام البطلان حال استناد هذه الاحكام لاحد الاسباب الاربعة التى أقرتها والتى تتقارب الى حد كبير مع ذات الاسباب الاربعة التى ذكرتها الفقرة الاولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨.

ثانيا : حجج الملائمة :

انطلاقا من اعتبارات الملائمة ، يقدم الفقه المعارض لاتجاه القضاء الفرنسى ثلاثة حجج :

أ) تشجيع الدول حديثة العهد بالتحكيم :

فيرى أنصار هذا الاتجاه ان موقف القضاء الفرنسى ينم عن عدم ثقة فى الاحكام الصادرة من محاكم العديد من الدول ويمكن أن يساهم فى تفويض الجهود التى تبذل لتدعيم الثقة فى التحكيم الدولى - خاصة الدول التى كانت مترددة فى الدخول لنظام التحكيم - وتخلت حديثا عن مواقفها السابقة وبدأت تتجه نحو اعماله فى قوانينها الداخلية .

فمن الطبيعى فى هذه الدول - وبالنسبة لرعاياها أيضا - أنه عندما تصدر أحكام من محاكمها بشأن التحكيم وباعتبارها مقارا له، ثم لا يتم بعد ذلك الاعتراف الدولى بهذه الاحكام ، فإن هذا الوضع سيؤدى إلى اضعاف القابلية لديهم للجوء الى التحكيم .

- واذا كانت معاهدة نيويورك سنة ١٩٥٨ تعترف لكافة الدول بالحق فى تنظيم التحكيم الذى ينعقد على أراضيها ، فإن اعمال هذا الحق يتطلب الاعتراف فى الخارج بفعالية أحكام البطلان التى تصدر من قضاء دولة مقر التحكيم ، وإلا صار عدم الاعتراف باحكام البطلان نوعا من الاعتداء على سيادة دولة مقر التحكيم .[١]

ب) مقاومة الاحكام العرجاء :

- يؤدى اتجاه القضاء الفرنسى الى خلق نوع من الاحكام

---

(١) انظر مقال الاستاذ "Gaillard" ، المرجع السابق ص ٦٦٨.

العرجاء 'Sentences flottantes" ، وهى تلك الاحكام التى لا يمكن الطعن عليها بالبطلان فى أى مكان بالعالم - على الرغم مما يعتريها من عيوب - مما يضطر معه الطرف المحكوم ضده أن ينتظر قيام خصمه (المحكوم لصالحه) فى البدء فى اجراءات تنفيذ الحكم التحكيمى فى عدة دول ، حيث تكون الفرصة سانحة فى هذا التوقيت للمعارضة فى التنفيذ فى كل الدول المطلوب من قضائها اعطاء الأمر بالتنفيذ[١] .

وبعبارة أخرى فإن اتجاه القضاء الفرنسى يشجع على اخضاع الاختصاص القضائى لارادة وهوى الأفراد ، مما سيخلق نوعا مما يسمى: تسوق الاختصاص "Forum shopping" من جانب المدعى، الذى سيسعى الى تنفيذ حكم التحكيم لدى القاضى الذى يقبل تنفيذه ، على الرغم من سبق القضاء ببطلانه فى دولة مقر التحكيم [٢].

ج) حجة مستندة للمساس بفكرة الحياد :

يرى هذا الفقه أن الحل الذى تبناه القضاء الفرنسى يميل الى محاباة الأطراف (الشركات) الصادر لصالحها احكام التحكيم والقائمة عادة فى الدول المراد تنفيذ أحكام التحكيم على أراضيها ، وذلك بمضرة الأطراف الأخرى الاجنبية ، مما يجعل هذا الحل معيبا لمخالفته لفكرة الحياد والتى تشكل احدى ركائز القانون الدولى

(١) وجدير بالذكر أن هذا الانتقاد تم توجيهه - بصفة خاصة - الى المادة رقم (١٧١٧) من قانون المرافعات البلجيكى ، وكذلك الى المادة (١٩٢) من القانون الدولى الخاص السويسرى الجديد ، واللتان تحصنان بعض أحكام التحكيم من امكانية الرجوع عليها بالبطلان فى دولة مقر التحكيم .

(٢) Gaillard ، المرجع السابق ، ص ٦٦٩.

الخاص التقليدى.[١]

فالرقابة الموضوعية على أحكام التحكيم ، من الممكن أن تتحقق بطريقة أفضل من خلال قضاء دولة مقر التحكيم ، والذى اختاره الأطراف منذ البداية لكونه "محايدا" . وبذلك نتجنب ما يسمى تسوق التنفيذ "Exeuqateur shopping" ، وكذا الاحكام المتعارضة ، التى تسيىء الى إتساق وأمن وسلامة التحكيم الدولى[٢].

ثالثا : حجج المشروعية :

من المعروف أن اتفاق التحكيم يعد عقدا خاصا، كما أن الحكم التحكيمى هو أيضا عقد خاص ، ولا خلاف على أن مثل هذه العقود لا تلقى قبول الدول إلا بعد خضوعها لنوع من الرقابة يمارسها قضاء الدولة، حتى مع تعدد واختلاف نطاق وكيفية اعمال هذه الرقابة.

ومشروعية رقابة قضاء دولة مقر التحكيم: هل من الممكن أن تمتد نتائجها وتخضع لها رقابة دولة التنفيذ؟ بمعنى آخر : هل الدولة المطلوب من محاكمها أصدار الامر بتنفيذ الحكم يتعين عليها الالتزام بما قضى به قضاء دولة مقر التحكيم ، حتى ولو كان هناك حكم فى غير صالح حكم التحكيم (أى حكم ببطلان الحكم التحكيمى)؟ وللاجابة على هذا نعرض للارادة المفترضة لاطراف النزاع ثم نعقبها بالارتباط المتبادل للمنازعة بين دولتى : مقر التحكيم ، والدولة المطلوب من قضائها اصدار الأمر بالتنفيذ .

---

(١) المرجع السابق ص ٦٧٠.

(٢) V. Poudret J.F., "Quelle solution ......" op.cit., P. 13.

أ) المساس بالارادة المفترضة للأطراف :

يرى جانب من الفقه المناهض للحل الذى ابتدعه القضاء الفرنسى ان هذا الحل ينم فى فحواه عن عدم احترام لارادة اطراف النزاع، وذلك على الرغم مما تلعبه هذه الارادة من دور أساسى تقره كافة الأنظمة : سواء على صعيد تشريعات الدول أو عبر نصوص الاتفاقيات الدولية التى تتعلق بموضوع التحكيم .

واحترام هذه الارادة يتطلب الاعتراف بالاحكام الصادرة من محاكم دولة مقر التحكيم فى حالة قضائها ببطلان حكم التحكيم .

فعندما يقوم الافراد باختيار مقر التحكيم - إما على نحو مباشر أو حتى فى حالة تفويض المحكمين أنفسهم اختيار مقر التحكيم - فإن ذلك يعنى رغبة الافراد فى الخضوع لحماية الأجهزة القضائية لدولة المقر، وأن عدم الأخذ بعين الاعتبار للاحكام الصادرة من قضاء دولة المقر ببطلان حكم التحكيم يشكل نوعا من عدم الاحترام لهذه الارادة[١].

ب) الارتباط المتبادل للنزاع التحكيمى بين دولتى المقر والتنفيذ:

يستند المفهوم الفرنسى للرقابة على أحكام التحكيم الدولية على أن: دولة مكان تنفيذ الحكم التحكيمى ليست فى وضع أقل من دولة مقر التحكيم ، وذلك عند تقدير الشروط الواجب توافرها حتى يصبح حكم التحكيم مستوفيا لكافة الشروط وقابلا للتنفيذ الجبرى[٢] .

---

(١) انظر على سبيل المثال من الفقه المناهض لاتجاه القضاء الفرنسى فى هذه الجزئية :
Poudret J.F. "Quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton", Rev. d'arb., 1998, PP/. 7-24, spéc. P. 12; aussi" Schwartz" A Comment on Chromallloy - Hilmarton, à l'americaine", 14 J., Int. Arb. 125 (Jine 1997).
وانظر أيضا Gaillard ، المقال السابق ١٩٩٩ ص ٦٧١.

(٢) أنظر مقال للأستاذ Gaillard ، المرجع السابق ص ٦٧٣.

وفى الواقع ، فإن ارتباط النزاع بعدة دول يتمشى مع المفهوم الفرنسى وهو ما يعد مقبولا مع منطق القانون الدولى الخاص ، ويكون ذلك أكثر وضوحا حالة كون دولة مقر التحكيم ليست هى الدولة المرشحة لتنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره .

فإذا كان البعض يرى أن : الابقاء على حكم بطلان الحكم التحكيمى الصادر من قضاء دولة مقر التحكيم ، وإهدار حكم التحكيم ذاته فى مواجهة كافة دول العالم - لمجرد أنه لا يحوز استحسان قضاة دولة المقر - يعد أمرا غير مبرر[1] ، فإن هذا الرأى لا يمكن قبوله لأنه يتعارض مع المفهوم الفرنسى ذاته للرقابة على أحكام التحكيم والذى يقر "الارتباط المتبادل للنزاع بين دولتى : المقر والتنفيذ" كما ذكرنا.

وقد يبدو أن هذا الرأى فاته ضرورة التفرقة بين مسألتين هامتين:

الأولى : تتعلق بمشكلة تطبيق قانون دولة مقر التحكيم على شرعية الحكم : "régularité de la sentence" وهو أمر مشروع ومقبول وتقره كافة الأنظمة القانونية للدولة ، كما يقره أيضا القانون النموذجى للتحكيم (م ٣٤).

والثانية : تتعلق بمشكلة الثقة "la confiance" التى يمكن التعويل عليها - بالزيادة أو النقصان - فى الاجهزة القضائية لدولة مقر التحكيم عند قيامها باعمال القانون الواجب التطبيق على شرعية

---

(١) ويؤكد هذا الاستاذ فوشارد حيث يقول :
"Il n'est pas légitime de réserver aux juges d'un Etat le pouvoir L'aneantir dans le monde entier une sentence qui leur déplait".
أنظر المرجع السابق : La portée internationale ، ص ٣٤٨.

الحكم التحكيمى[١] .

ففى الغالب الأعم من الحالات نجد أن السلطات المختصة باعمال الرقابة على أحكام التحكيم ، يقوم الافراد باختيارها بحريتهم وباتفاقهم المشترك، على العكس تماما من مكان تنفيذ الحكم والذى تلعب الصدفة دور كبير فيه بحسب موطن أو محل اقامة أو أموال الطرف المحكوم ضده.

ملاحظات ختامية :

ان اعتمادنا للاتجاه المؤيد للفعالية الدولية لاحكام بطلان أحكام التحكيم لا يعنى الاخذ به على الأطلاق ، بل يلزم أن نفرق بين :

أ - أحكام البطلان المستندة الى المعايير المعترف بها دوليا (أى المستندة لاسباب معترف بها دوليا على النحو السالف بيانه).

ب - أحكام البطلان المستندة الى اسباب اخرى غير تلك المعترف بها دوليا (أى الاسباب التى تقوم على معايير وطنية بحتة ترتبط بدولة معينة).

فحكم بطلان حكم التحكيم الصادر من قضاء دولة مقر التحكيم أو من قضاء الدولة التى بموجبها صدر حكم التحكيم طبقا للمعايير المعترف بها دوليا هو وحدة فقط الذى يتعين الاعتراف به ، ومن ثم يجب على القاضى رفض اصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الذى صدر بشأنه هذا الحكم ببطلانه.[٢]

- وفيما يتعلق بأعمال المادة (١/٥-هـ) من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ ، فطبقا لهذا النص يتضح أن هذه الاتفاقية اعتمدت فكرة

---

(١) V. Poudret , op.cit. P. 12.

(٢) Voir. J. Paulsson, op.cit., P. 14 et P. 32; aussi Poudret, op.cit., P. 14.

تركيز حكم التحكيم فى قانون دولة مقر التحكيم وهى بذلك تكون قد قصرت الاختصاص بنظر دعاوى بطلان حكم التحكيم على محاكم هذه الدولة .

وهذا لا ينفى بالطبع اعطاء نفس الاختصاص لمحاكم الدولة التى صدر الحكم بموجب قانونها - كما أنها من ناحية أخرى الزمت جميع الانظمة القانونية فى الدول بأن ترفض الاعتراف بأى أثر للحكم التحكيمى الذى قضى ببطلانه .

فاذا كانت نفس الاتفاقية قد نصت فى المادة ٧-١ منها على أنه "لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التى ابرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف باحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أى طرف من حقه فى الاستفادة بحكم من احكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر فى تشريع او معاهدات البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ".

- فأن اعمال هذين النصين (١/٥ ، ١/٧) قد يفسره البعض بأن حكم التحكيم الذى قضى ببطلانه من محاكم دولة المقر يمكن أن يرتب آثاره ويتم الاعتراف به فى دولة أخرى حتى وإن كانت هذه الدولة طرفا فى الاتفاقية وذلك وفقا للقواعد العامة المعمول بها فى هذه الدولة.

فاتفاقية نيويورك تضع حدا أدنى للشروط المتطلبة من اجل الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه ولا تتعارض مع أن يكون قانون أى دولة متعاقدة يتمتع بقدر اكبر من التحرر عن ذلك الذى تضعه الاتفاقية ، وينزل بذلك عن هذا الحد الادنى الذى تضعه الاتفاقية.

- الا أن هذا التفسير قد لا يبدو هو التفسير المقصود الذى

اراده واضعوا اتفاقية نيويورك لأنه حسبما اتضح لنا ان هذه الاتفاقية تضح حدا أدنى من الشروط التى يلزم توافرها للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه ، والذى يقابله فى ذات الوقت حدا ادنى من المعايير المعترف بها دوليا للاعتراف باحكام بطلان احكام التحكيم حتى يكون هناك قدراً من الاتساق المقبول بين الدول - والذى لا نستطيع انكاره، ان هذه الدول تعلم عند الانضمام للاتفاقية اشتمال نصوصها على هذه المعايير - فاذا كانت المادة السابعة من الاتفاقية المذكورة تفتح باب الاستفادة من الاتفاقيات وقوانين تؤمن طريقا أسهل لتنفيذ احكام التحكيم - حسبما يرى هذا الرأى - فيبدو ان الاولى بالاتباع هو احترام الاحكام الصادرة من قضاء دولة مقر التحكيم - أو محاكم الدول التى تم تطبيق قانونها - والذى يستند على مبدأ سلطان الارادة ذاته باعتبار ما ارتأه اطراف النزاع.

فمن غير المستساغ تجاهل احكام قضاء أى من هاتين الدولتين طالما أن ارادة اطراف النزاع انفسهم هى التى اتجهت لاختيار البلد مقر التحكيم مع توقعهم للنتائج المترتبة على ذلك سواء من حيث تطبيق قانونها فى قواعده الآمرة أو فى رقابة قضائه على احكام التحكيم التى تصدر بينهم .

- فسلطان ارادتهم حين اختاروا ، انما قام على أساس من حريتهم ومسئوليتهم ووعيهم ، فاختيار مقر للتحكيم ليس مجرد نزهة سياحية، بل هو خيار لقانون واختصاص لقضاء . فسلطان الارادة يجب أن يبحث حين يحدد مكان التحكيم عن القانون الانسب والقضاء الأفضل المساند للتحكيم ، وعدم الاعتداد بأحكام قضاء دولة مقر التحكيم يعد نوعا من عدم الاحترام لسلطان الارادة فيما اختار أن

يخضع له منازعاته[١].

- كما أنه قراءة نص المادة ١/٩[٢] من الاتفاقية الأوربية المبرم فى جنيف ١٩٦١ توضح أن القضاء ببطلان حكم التحكيم وفقا لقانون دولة المقر لا يعد سببا لرفض الاعتراف والتنفيذ الا اذا كان هذا البطلان راجعا الى أحد الاسباب الاربعة الواردة فيها.

وجدير بالذكر أن هذه الاسباب تكاد تتطابق مع ذات الاسباب الاربعة الاولى المنصوص عليها فى المادة ١/٥ من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨، كما أنها تتوافق مع المعايير الدولية للبطلان المعترف بها دوليا والتى تعد سببا للامتناع عن تنفيذ حكم التحكيم الذى تم ابطاله.

- واذا كان القضاء الفرنسى قد برر موقفه استنادا إلى المادة / ٧ من اتفاقية نيويورك اضافة الى فكرة عدم اندماج حكم التحكيم الدولى فى النظام القانونى لدولة المقر، حتى يحكم بتنفيذ حكم التحكيم على الرغم من سبق ابطاله فى الخارج ، فان هذه الاسباب المعلنة ليست هى الاسباب الحقيقية التى يتخفى وراءها ذلك الموقف .[٣]

- والواقع أن السبب الحقيقى غير المعلن لهذا القضاء هو اظهار عدم كفاءة الانظمة القانونية والقضائية فى الدول حديثة العهد بالتحكيم وابراز عدم قدرتها على مسايرة التطورات المتلاحقة فى نظام التحكيم على الساحة الدولية .

- كما أن هذا الحل يهدف الى تحقيق مصالح الدول الغربية حيث يمكن محاكمها من عدم الاعتداد باحكام بطلان احكام التحكيم الصادرة من قضاء محاكم الدول النامية ، وذلك عند صدور احكام

---

(١) أنظر الدكتور عبد الحميد الأحدب : مجلة التحكيم ، مرجع سبق ذكره ، ص ٨٩.
(٢) انظر نص المادة الذى سبق ذكره عند العرض لهذه الاتفاقية .
(٣) الدكتورة حفيظة الحداد ، الرقابة القضائية ... سبق ذكره ص ١١٤.

التحكيم ضد الشركات التابعة لهذه الدول ، كما فى حالة قضية "كرومالوى" السابق عرض تفاصيلها.[١]

- ومما يثير الدهشة أن الفقه المؤيد لاتجاه محكمة النقض الفرنسية يتناقض مع نفسه ويكيل بميكالين مختلفين فى ذات المسألة ، ففى حالة تحديد القضاء المختص بنظر دعوى البطلان يذهب نفس الفقه إلى تغليب اختصاص قضاء دولة المقر ولاسيما قضاء الدولة التى تمت اجراءات التحكيم وفقا لقانونها وحجتهم فى ذلك مبدأ توزيع الاختصاص بين الدول المعنية بالحكم التحكيمى ، وهو مبدأ متعارف عليه فى كافة الانظمة القانونية والمعاهدات الدولية ، ووفقا لهذا المبدأ تختص محاكم دولة مقر التحكيم اختصاصا قاصرا عليها بنظر دعاوى البطلان المرفوعة ضد الحكم التحكيمى .[٢]

- والواقع أن الأخذ بهذا المبدأ يتجنب ظاهرة احكام التحكيم التى لا ترتبط بنظام قانونى معين[٣] والتى يمكن أن تكون معيبة بعيب جسيم يتعذر تداركه وتجنب تحصين احكام معيبة يصعب الطعن عليها لدرجة تصبح فيها احكام التحكيم متفوقة على أحكام القضاء وبمعصم من النيل منها.

وكذلك فان ضابط الاختصاص القائم على مقر التحكيم يتوافق

---

(١) أنظر المرجع السابق ، وانظر ايضا تعليق الاستاذ E. Gaillard ، عند تعليقه على أحد أحكام محكمة النقض الفرنسية حيث قرر أن أهمية العملية للقضاء الفرنسى تبدو أكثر وضوحا:

Lorsque le siège de l'arbitrage est situè dans l'Etat de l'une des parties et spècialement lorsque cette partie est l'Etat lui- même"

منشور فى Clunet - ١٩٩٧ ص ١٠٣٦.

(٢) وكما سبق أن ذكرنا فانه يترتب على هذا المبدأ ضرورة التزام الدول الأخرى باحترام الاحكام الصادرة ببطلان احكام التحكيم طالما صدرت من القضاء المختص ، اعمالا للمعايير المقبولة دوليا.

(٣) Sentences flottantes.

مع توقعات الأطراف التى اختارت بأرادتها هذا المقر ، وما يترتب على هذا الاختيار من تطبيق نظام قانونى معين على التحكيم اضافة الى ما يتضمنه من طرق الطعن المقررة والمسموح بها ضد حكم التحكيم الصادر فى دولة المقر ووفقا لقانونها.(١)

أما فى حالة تعلق الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الذى قضى ببطلانه خارج فرنسا فنجد أن هذا الفقه يتمسك بعكس الحجج التى برر بها اعطاء هذا الاختصاص لقضاء الدولة مقر التحكيم فى الحالة الأولى بغرض سلب اختصاص قضاء دولة مقر التحكيم وتغليب اختصاص قضاء الدولة المطلوب تنفيذ الحكم التحكيمى فيها مبررا وجهة نظره بمقولة أن دولة مقر التحكيم لا تعد مركز الثقل الاساسى للتحكيم ، وان اختيار المقر لا يعدو أن يكون تعبير عن امور تتعلق براحة الأطراف المتنازعة فقط.

اضافة الى ان هذا الفقه يؤكد على فكرة الروابط الوثيقة التى تربط حكم التحكيم بدولة التنفيذ . ومن ثم يكون للدولة المطلوب من قضاءها الامر بالتنفيذ مصلحة فعلية فى التثبت من استيفاء حكم التحكيم لكافة الشروط اللازمة لتذييله بالصيغة التنفيذية وتنفيذه جبرا بمعرفة السلطة العامة.

أى أن هذا الفقه يغلب مفاهيم النظام القانونى للدولة المطلوب من قضاءها اصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمى ، على المفاهيم السائدة فى قانون دولة مقر التحكيم .

- كما نلاحظ أن الحل الذى آتى به القضاء الفرنسى ويؤيده جانب من الفقه يتعارض مع القانون الفرنسى ذاته الذى يقر مبدأ

---

(١) E. Gaillard: Arbitrage Commercial international, controle etatique., Droit commun,J. CL. Dr. int. Fasc. 586-10 no 29.

الازدواجية فى الرقابة على حكم التحكيم .

فوفقا لقانون التحكيم الفرنسى الصادر سنة ١٩٨١ يختص للقضاء الفرنسى بنظر دعاوى الطعن بالبطلان بشأن أحكام التحكيم الصادرة فى فرنسا ، أما أحكام التحكيم الصادرة خارج فرنسا فلا يختص الفرنسى بنظر دعاوى البطلان التى ترفع بشأنها ، وهو ما يفيد اعتراف النظام القانونى الفرنسى لقاضى دولة مقر التحكيم بالنظر فى دعاوى البطلان الخاصة باحكام التحكيم الصادرة على اقليم دولته[١].

- وتجدر الاشارة الى أنه من الانتقادات التى توجه إلى اتجاه القضاء الفرنسى والفقه الذى يسانده أنه سيؤدى الى خلق نوع من تسوق التنفيذ "Exequatur shopping" حيث سيبحث من صدر لصالحه حكم التحكيم عن قضاء الدولة التى ستساعده على تنفيذ الحكم الذى تم ابطاله فى دولة المقر وهو ما يعد نوعا من التحايل على حكم قضاء دولة المقر . ولا يخفى ان هذه النتيجة - غير المستساغة - يتجنبها تركيز الاختصاص بالرقابة على حكم التحكيم فى دولة المقر مع ضرورة التزام الدول الاخرى باحترام ما تنتهى اليه محاكم دولة المقر بشأن مدى صحة حكم التحكيم.

والخلاصة أن عدم الاعتداد بحكم البطلان فيه اهدار لحجية الحكم القضائى القاضى بذلك وفقا لارادة الأطراف التى اختارت الانصياع لقوانين وقضاء دولة مقر التحكيم .

فمن غير المقبول الاعتراف وتنفيذ احكام تحكيم مشوبة بالخطأ

---

(١) وممارسة الرقابة القضائية على حكم التحكيم وفقا لقانون دولة المقر من خلال الطعن بالبطلان على حكم التحكيم هو حل مستقر وتعترف به كافة الأنظمة القانونية التى تسن قوانين متعلقة بالتحكيم.

ومن هنا كان من الضرورى السماح بتقرير الطعن عليها بالبطلان امام قضاء مختص محدد ومعروف سلفا وفقا لمعايير الاختصاص الدولية مع ضرورة اعطائه الفعالية الدولية جنباً الى جنب مع فعالية احكام التحكيم ذاتها.

- فلاشك أن ما تشتمل عليه القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم يشكل مبادىء عامة للبطلان فى القانون الدولى الخاص للتحكيم كما أن الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقيتا نيويورك وجنيف تشتمل على معايير للبطلان معترف بها دوليا، وهى التى كان لها أثر كبير عند صدور القوانين الوطنية واشتمالها على نفس المعايير تقريبا كأسباب للبطلان ، لذا سيظل خضوع حكم التحكيم لرقابة دولة المقر امرا ضروريا للتثبت من قيام المحكم بالمهمة الموكولة اليه من الأطراف والتيقن من الشروط التى وفقا لها قام المحكم باداء مهمته حتى صدور الحكم ، اضافة الى ضرورة استيفاء ذات الحكم التحكيمى لكافة الشروط التى يتضمنها قانون الدولة المطلوب تنفيذه فيها حتى تظل له الفعالية المطلوبة .

تم بحمد الله

ملحق (١)

الشروط النموذجية لاختيار القانون الواجب التطبيق[١]

يمكن لأطراف عقد الدولة أن يدرجوا مثل هذا الشرط فى اتفاقهم ، اتفاقا مع ما ورد فى المادة ١/٤٢ فقرة أولى .

" Any artbitral tribunal constituted pursuant to this agreement shall apply the domestic law of (name of the country) (as in force and effect on the date of this agreement) (subject to the following exception (s) :...) and such (customary rules) (rules of international law) as may be applicable "

ويمكن أن يتفق الأطراف على تفويض المحكمة فى الفصل فى منازعاتهم وفقا لقواعد العدل والإنصاف وحينئذ يمكن أن يدرجوا باتفاقهم شرطا مثل النموذج التالى :

" Any artbitral tribunal constituted pursuant to this agreement shall decide any disputed exaequet bono "

---

(١) Doc ICSID / 5 Rev. I.

ملحق (٢)

الشروط النموذجية لإحالة النزاع إلى محكمة تحكيم المركز[١]

النموذج الأول :

يفترض هذا النموذج أموراً أربعة :

١ - إن الحكومة الطرف فى النزاع هى ذاتها الطرف المتعاقد (بخلاف ما إذا كان أحد أفرعها أو إحدى الهيئات) .

٢ - إن الطرف الخاص المتعاقد (المستثمر) مواطن فى دولة أخرى طرف فى الاتفاقية .

٣ - قبول الأطراف قاعدة اختيار القانون الواجب التطبيق الواردة فى المادة /٤٢ من الاتفاقية .

٤- انهم لا يرغبون فى التهرب أو استبعاد قواعد توفيق وتحكيم المركز .

" The parties here to hereby consent to submit to the international centre for settlement of investment disputes any dispute in relation to or arising out of this agreement for settlement by conciliation / arbitration pursuant to the convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states "

---

(١) Doc ICSID / 5 Rev. I. July 7, 1981. P. 5 -6.

النموذج الثانى :

ويمكن للأطراف المتعاقدين أن يتفقوا على اختصاص المركز الدولى بالفصل فى منازعة بعينها وفق نظام تحكيم المرة الواحدة Ad hoc، . ويمكنه إدراج الشرط التالى فى المشارطة العقدية :

The (government) of (name of cntracting state) and (name of the investor) hereby consent to submit to the international centre for settlement of investment disputes for settlement by conciliation / arbitration pursuant to the convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states the following dispute arising directly out of the investment referred to below :-

(A) (Description of the dispute)

(B) (Description of the investment)

النموذج الثالث :

وقد يتفق الأطراف على استثناء بعض المسائل من الخضوع لنظام التحكيم بالمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ويمكنهم وضع الشرط النموذجى التالى :-

"The parties here to hereby consent to submit to the international centre for settlement of investment disputes any disputes below, relating to or arising out of this agreement for settlement of investment disputes between states and nationals of other states,

except those concerning the following matters..

(I) ....

(ii) ....

النموذج الرابع :

وقد يكون الطرف الحكومى فى الاتفاق أحد الهيئات العامة أو الشركات الحكومية التابعة للدولة وعندئذ يجب أن يتوافر شرطان :

١ - أن يتم تحديد هذه الهيئة أو الشركة من الدولة التى يتبعونها وإخطار المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار بها .

٢ - أن يتم إجازة رضاء هذه الهيئات بالخضوع للتحكيم لدى المركز من الدولة المعنية إلا إذا أخطرت الدولة المركز بعدم الحاجة إلى هذه الإجازة .

ويمكـــن للطرفين أن يدرجوا الشرط النوذجى التالى فى اتفاقهم.

" (Name of the subdivision or agency) is (a constituent subdivision) (an agency) of (name of the Host state), which has been designated to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) in accordance with Article 25 (1) of the convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states, in accordance with Article 25 (3) of the convention (name of the Host state).

(hereby gives its approval to this consent agreement as recordéd in (one of the Basic clauses) (Article .... , section ..) of (This agreement) (The agreement dated ...... 19 ... between (name of the subdivision or agency).

(has notified ICSID that (name of the subdivision) requires no approval to give its consent to ICSID (concllition) (Arbitration) Pursuant to the provision of (This Agreement), (The agreement dated ....., 19....) between (name of the subdivisio) and (name of investor).

المراجـــع

أولاً : كتب ومقالات باللغة العربية :

أ . د . أحمد عبد الحميد عشوش . النظام القانونى للاتفاقيات البترولية فى الدول العربية . القاهرة ١٩٧٥ .

أ . د . أحمد عبد الكريم سلامة . نظرية العقد الدولى الطليق . بين القانون الدولى الخاص وقانون التجارة الدولية . دراسة تأصلية انتقادية . دار النهضة العربية ١٩٨٩ .

أ . د . أحمد عبد الكريم سلامة . شرط الثبات التشريعية فى عقود الاستثمار والتجارة الدولية . المجلة المصرية للقانون الدولى . مجلة رقم ٣٤ ١٩٨٧ .

أ . د . حسام محمد عيسى . دراسة فى الآليات القانونية للتبعية الدولية . التحكيم التجارى الدولى . ١٩٨٨ .

أ . د . جلال وفاء محمدين . التحكيم تحت مظلة المركز الدولى لفض منازعات الاستثمار . بحث مقدم إلى ندوة أهمية الالتجاء إلى التحكيم التجارى بالمنطقة بدلاً من التحكيم فى دول الغرب . المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية . جامعة الأسكندرية فى ١٩٩١/١٠/١٩ .

أ . د . سامية راشد . دور المادة ٢٤ مدنى فى حل مشكلات تنازع القوانين ١٩٨٥ .

د . صلاح الدين جمال الدين : عقود الدولة لنقل التكنولوجيا . دراسة فى القانون الدولى الخاص والقانون التجارى الدولى . رسالة . عين شمس . ١٩٩٣ .

د . صلاح الدين جمال الدين محمد : عقود الدولة لنقل التكنولوجيا . دراسة فى القانون الخاص ، دار النهضة العربية ط ١٩٩٥ - ١٩٩٦

أ . د . فؤاد عبد المنعم رياض : تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الأحكام الأجنبية . دار النهضة العربية ط ١٩٩٤ .

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية:

1- Books :

Mario Amadio : Le Contentieux International De L'Investissement Prive et La Convention de La Banque Mondial Du 18 Mars, 1965 .

C . A . Amerasinghe : State responsibility for injuries to aliens London, Oxford university press, 1967 .

H . Batiffol : Les Conflits de lois en matiere de contrats , Etude de droit compare . Paris, 1938 .

H . Batiffol : Droit International Prive, T . 11 , ed. L . G . D . J ., Parise , 1967 .

Broches " The convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states : Applicable Law and de fault procedure, International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke , edited by p. sanders, 1967 .

H . Cattan : The law of oil concesion in the middle east and north africa, dobbs ferry, oceana., 1967 .

W . L . Craig & Others : International of Commerce Arbitration, oceana pub . Inc. , 1985 .

A . V . Dicy and J . H . C . Morris : The conflict of laws , 9 Th. ed , London , sweet and Maxwell .

Ph. Fouchard: L'arbitrage Commerciel international , Paris , Dalloz , 1965 .

F . V . Garcia - Amador , Louis B. Sohn and R . R . Baxter . recent Codification of the law of state responsability for injuries to Aliens, 1974 .

Van Hecke : Problemes Juridiques des emprunts internationaux 2e ed. 1964 .

Jean M. Jacquet : Principe d'autonomie et Contrats Internationaux, . economica, 1983 .

Philip C. jessup : A modern law of nations New York, Macmillan, London : Steven & Sons Ltd . 1962 .

J . D . M . Law " Applicable Law in international orgnizations, arbtration A study in commercial arbtration Awards, Occeana pub. New York., 1978 .

Nwogugu E . I : The legal problems of foreeign Investment in developing countries . manchéster univ press . 1965 .

2- Articles :

H . Batiffol . " Observations " . Rev. Crit. dr. Int. pr., 1964, No 4, T . 33, p. 651 .

H . Batiffol : L'afirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence francaise, choix d'articl , 1976, p. 265 .

M . Bourquin : Arbitration and economic development agreements, The business lawyer, 1960, vol. 15, p. 860 .

A. Broches : International legal aspects of the operation of the world bank, R . C . A . D . I . T .,98,. 1959, p. 301 .

: The convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states : Applicable Law and de fault procedure, International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke , edited by p. sanders , Hague : Martins Nijhoff, 1967, p. 14 .

: The convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states, RCADI, vol. 136 . 1972 . p. 331 - 390 .

N . David : Les Clauses De Stabilite de les contrats Petroliers, Clunet, 1986 p. 79 .

G . R . Delaum : State contract and transnational arbitration, A.J.I.L., Vol, 741, p. 784 - 786 .

: How to draft an ICSID arditration clause, ICSID Rev, 1992 p. 168 . 184 - 187 .

: The pyramids stand, the pharohs can rest in peace ., icsid. Rev., vol. 8. N. 2. 1993, p. 321. spec. p. 241 .

: L'affair du plateau des Pyramides et le CRIDI . Considerations sur le droit applicable., Rev . arb . 1994 No.1 , p. 39 .

J . E . S . Fawcett, the legal characteristics of international agreements, vol. XXX, B. y. B. I. L ., 1953, p. 339 .

B. Goldman . Le droit applicable selon la convention de la B. I. R. D. du 18 Mars 1965, pour le reglement des differends relatifs aux investissements entrs etats et ressortisants d'autres etats . in investissements etrangers et arbitrage entre etats et personnes privees : La convention B . I . R . D . Du Mars 1965 . ed. 1969. p. 133 et suiv .

S . T . L . Kelly, localizing rules and differing approaches to the choice of law process, I . C . L . Q . , 18, 1961, p. 25 - 51 .

James R . Lowe : Choice of law clause in international contracts - a practical approach; Harvard int. L. J. , Vol 12., 1971, p. 3 .

R . y . Jennings : States Contracts in iternational law , B . Y . B . I . L . , vol 37 . 1961 p. 156 .

J . F . Lalive : Contracts between a state or a state agency and a foreign company, I . C . L . Q . , Vol . 13 . 1964 . p. 987 .

: Contrats entre etats au entreprises etatique et personmes privees , developpement recent , R . C . D . I ., 1983 , T . 181 . Vol. 111 , p. 9 - 288 .

W Laurence Craig : the Final Chapter in the pyramids case : Discounting an ICSID Award for Annulment Risk, ICSID Rev., Vol. 8, No. 2, 1993 .

E . Lauterpacht, The world Bank convention on the settlement of international investment disputes, in Recueil d' etudes de droit international en homage a paul Guggenheim , 1968 , p. 642 .

F . A . Mann : The law governing state contract, B . Y . B . I . L . , XXI , 1944, p. 1130 .

: The proper law of contracts concoluded by "international persons "B . Y . B . I . L . , XXX 1959, p. 34 - 57 .

: Reflections on a commercial law of nature, 13 B . Y . B . I . L ., XXXIII, 1957 . p. 20 - 51 .

: State contracts and state responsibilty A . J . I . L ., No. 54. 1960, p. 572 - 591 .

: State contracts and international arbitration, XVI, B . Y . B . I . L ., 1967 , p. 5 - 15 .

Lex Facit Arbitrum international arbitration : Liber amicorum for Martin Domke, 1967 ., p. 157 .

P . Mayer : Le myth de L'ordre Juridique de base (ou grundlegung) melanges Goldman, p. 199 et. suiv.

: Les accords entre un etate et un personne prive etranger, anu. de I . D . I ., vol. 57 , session d, ASLO, 1977, T . I, p. 192 et suiv et dans session d'athens, 1979, vol . 58, T . II, p. 42 et suiv .

Lord A. D. Mc. Nair , The general Principle of Law recognized by civilized nations , B . Y . B . I . L ., 1957 , p. 96 .

J . P . Nipoyet, La Theorie d' L'autonomie de la Volonte, RCADI., Vol. 16, T . I, 1927 p. 5 .

: Le role de la Jurisprudence International en droit International prive, RCADI., Vol . 40, p. 157 .

Nogen S. Rodly : Some Aspects of the world Bank convention on the Settlement of Investment Disputes ., Canadian year Book of International Law No. 4, 1966 . p. 57 .

E. I. NWOgugu : Petroleum development (trucial coast) Ltd. and sheikh of Abu Dhabi, 8/8/1951, I. L. R., Vol. 18. 1951, p. 144 - 161 .

C. J. olmstead : Economic development agreements, part. II., california law Rev., 49, 1961, p. 514 .

H. Pazarci , La Responsabilite des Etats a L'occasion des contrats . Conclus Enter Etats et Personnes Prives Etrangeres ., R . D . I . P . , 1963, p. 354 .

George W . Ray , Some reasons for the binding force of devlopment contracts between states and foreign Nationals , Busines lawyer , No . 16 ., 1960 - 61 - . p. 942.

Rosco pound : Hierarchy of sources and forms in different systems of law , tulone law review, n. 7 ., 1933 p. 475 .

Russel J. Weintroub ., choice of law contract, Iowa Law Review . Vol . 54. No. 3, 1968, p. 399 .

Hans Wehberg., pacta Sunt Servanda, A. J. I. L., Vol. 53 . 1959, p. 786 .

P. Weil : Les Clauses de Stabiliz atin ou d'intengibilite Inserees dans Les Accords de developpment wconomique . Melanges Ch. Rousseau, Paris, p. 301 .

الفهـــرس

الموضـــوع	رقم الصفحة

الموضـــوع	رقم الصفحة